

Introduction :

Le code de commerce de 1807, recodifié en 2000 à droit constant (réorganisation des textes déjà existants) définit le commerçant à l'article L121-1 :

« Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »

Sur cette définition = débat doctrinal :

- conception subjective : elle privilégie le sujet, le commerçant : « le DC est le droit des commerçants, c'est un droit professionnel ». Cette thèse est critiquable car elle est contraire à l'égalité des personnes privées et introduit une réglementation corporatiste. De plus elle est difficile à appliquer car ceux « qui en font leur profession habituelle » n'est pas une notion fixe.
- conception objective : elle prend en considération essentiellement le but, l'objectif, l'opération commerciale envisagée, ce que l'on a l'habitude d'appeler l'acte de commerce. Dans cette optique le droit commercial est le droit des actes de commerce et non de ceux qui en font la profession. Cette thèse a aussi été critiquée pour son insuffisance notamment le droit commercial s'applique à des entreprises non commerciales (sociétés, groupements d'intérêts économiques). De plus, le droit commercial s'intéresse aux artisans (qui ne font pas vraiment d'actes de commerces) et à fortiori le droit de la concurrence régit des activités civiles mais aussi administratives.

A chaque fois que l'on trouve une thèse et une contre thèse, la solution retenue est une solution mixte. Ici le droit commercial est le D qui s'applique à la circulation des richesses, il a donc un domaine très étendu : commerce, industrie, services. Aujourd'hui le commerçant de L. 121-1 se définit à la fois par les actes qu'il accomplit (critère objectif) mais aussi par la profession qu'il exerce habituellement (critère subjectif)

La prise en compte des 2 critères a permis à la doctrine de prendre en considération un champ d'application plus vaste permettant de requalifier le droit commercial de DROIT DES AFFAIRES (droit consacré à l'étude juridique du monde des affaires : on trouve les commerçants mais aussi, et de plus en plus des sociétés civiles).

L'école de Nice a, quant à elle, menée une étude politique (orientation marxiste) concernant le droit commercial aboutissant à l'intitulé de DROIT ECONOMIQUE définit le droit de la concentration ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par les pouvoirs publics. Cette définition met en avant les relations des agents économiques publics ou privés et les rapports de force que ces agents économiques peuvent avoir sur les relations économiques.

La dernière évolution, la plus récente, est le DROIT PROFESSIONNEL : dans les dernières années du XX^e la notion de professionnel est venue supplanter celle de commercial (plus restrictive).

Le professionnel = personne physique ou morale qui exerce à titre indépendant et à titre habituel une activité économique lucrative en s'inscrivant dans un cycle économique situé en amont de la consommation finale.

Cette définition permet de prendre en compte les activités commerciales, artisanales, agricoles et aujourd'hui les activités civiles. Pour preuve : la reconnaissance de la cession des clientèles civiles et la modification par la loi NRE du 15 mai 2001 de la clause compromissoire (qui met en place un arbitrage éventuel en cas de contentieux, qui n'était possible qu'entre

commerçants avant 2001 ; alors que la nouvelle rédaction indique que la clause est valable à raison d'une activité professionnelle...)

« Le droit commercial peut se définir comme la partie du droit positif qui décrit et analyse le statut et les activités des entreprises industrielles et commerciales. » Cette définition déborde la définition stricto sensu du XIX^e.

Section I : Les sources historiques du droit commercial.

I. L'ancien droit.

On trouve les premières sources du droit commercial en Mésopotamie : les tablettes de Warka et le code d'Hammurabi (1730 av. JC, une des plus anciennes lois écrites).

La Grèce antique s'est paradoxalement peu intéressée au droit commercial, il existe cependant une loi que l'on retrouve exactement en droit du commerce maritime en droit positif en étant transcrite par la notion d'avarie commune. La Grèce antique a quand même mis en place les prémices de la LEX MERCATORIA (la loi des marchands). A cette époque, il n'y avait pas d'unicité du droit entre les cités, ce qui a amené les marchands à mettre en place une loi commune s'appliquait sur l'ensemble du territoire de la Grèce antique

La Rome antique n'a pas été particulièrement remarquable en droit commercial si ce n'est avec l'édit de Dioclétien (pour éviter l'inflation il avait été fixé un prix maximum pour certaines denrées = implication de l'état dans l'activité commerciale).

Au Moyen-Âge, la situation n'était pas prospère au développement du commerce étant donné d'une part, que les seigneurs locaux prélevaient les richesses obtenues en partie et d'autre part, que l'église était plutôt hostile au négoce de manière générale. Néanmoins, au 13^e siècle, les foires se développent massivement (échanges internationaux ; les conflits étaient suspendus pendant l'évènement : « la trêve des foires »).

Ces foires n'ont plus été suffisantes vers la fin du 13^e et on a assisté au regroupement des commerçants dans les bourgs par corporation et par communautés de métiers. Le rôle de ces corporations a été déterminant jusqu'à la révolution : elles étaient dotées d'un pouvoir considérable et ont défini des statuts qui définissaient de manière drastique l'accès à la profession ainsi que des règles disciplinaires (police interne par les membres de la corporation pour chasser les mauvais payeurs).

Par la suite 3 dates doivent être citées :

- 1533 : la création par Charles X des juridictions consulaires.
- 1673 : Le code Savary : ordonnance de Colbert sur le commerce terrestre qui a été dans ce code.
- 1681 : l'ordonnance de Colbert sur le commerce maritime.

Ces 3 textes ont été les premiers à tenter une unification du droit commercial, ils ont irrigué tout le droit commercial jusqu'au XIX^e.

On peut critiquer cette période car elle bridait trop le commerce, donnait trop de pouvoir au pouvoir politique. Le colbertisme prône la direction du commerce par l'état.

II. Le droit contemporain (après 1789).

Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 supprime les corporations, et proclame la liberté du commerce et de l'industrie. Il sera complété par la fameuse loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791 qui interdit la formation de tout groupement professionnel (champ plus large que uniquement les corporations).

Malgré tout, le dirigisme de l'état a été maintenu et notamment certaines lois qui fixaient des prix maximums, engendrant un marché noir extrêmement nourri.

Bonaparte, constatant l'état chaotique de la situation économique (réapprovisionnement des armées en armes et vêtements difficile), a demandé la rédaction d'un code de commerce. Le code de commerce a vu le jour le 15 septembre 1807, ce code a été très critiqué et qualifié de sans souffle et sans ambitions.

Ce code a fait l'objet d'un fort mouvement de « décodification » :

- Certaines lois qui ont vu le jour en matière commerciale n'ont pas trouvé leur place dans le code et ont donc été évacuées dans d'autres dispositifs : dispositions sur les faillites, les commissionnaires, les intermédiaires, etc...
- Le code n'a pas été capable de prendre en compte le droit communautaire du traité de Rome mais également les dispositions successives du droit communautaire.

Mais qui a été suivi d'un mouvement de « recodification » :

La recodification a été très longue à se mettre en place. Dès 1993 le gouvernement avait déposé un projet de loi. En 1999 rien n'était fait et devant la lenteur de la démarche une loi du 16.12.99 a autorisé le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance. C'est un code à droit constant, il vise à rassembler et à organiser toute la matière relative au droit commercial sans en modifier le contenu (rassemblement de textes disparates, nouvelle numérotation).

Il faut noter que lorsqu'on réaménage la numérotation des articles comme cela a été fait par le gouvernement en l'espèce, cela dénote une volonté de réorientation de la politique en matière commerciale. Le fait d'avoir placé en tête du nouveau code de commerce l'ancien article 632 qui énumérait les actes de commerces montre que le législateur a privilégié l'optique des actes de commerce.

Aujourd'hui dans le nouveau code de commerce de 2000 il ne reste que quelques débris du code de 1807. Ce nouveau code comprend 9 livres (certains étant moins importants que d'autres les livres : 2, 6, 8 et 9).

Section II : Les sources positives du droit commercial.

Les sources étatiques :

- Les traités internationaux. Par exemple : la convention de Vienne (04 avril 1980) sur la vente internationale de marchandises.
- Le Droit communautaire par le biais de directives ou règlements communautaires.
- Certains dispositifs de la Constitution, le préambule de la Constitution de 1946 et la DDHC, les textes d'origine légale (loi DUTREIL, loi NRE de 2001, loi sur les PME d'août 2005 ...pour les plus récentes).
- Les sources ayant un impact plus faible : les décrets, les arrêtés (qui fixent la période des soldes) et les circulaires (interprétation d'une loi ; par exemple : la circulaire SCRIVNER de 1978 ou la circulaire DUTREIL de 2003).
- Les réponses ministérielles sont également importantes.

Les sources résultant de la coutume, des usages :

Ce sont des sources d'origine privée qui naissent de la répétition d'un comportement par les personnes concernées. On retrouve ces usages aussi bien en droit international qu'en droit interne. En droit international cela se concrétise par des règles détachées des règles étatiques (la LEX MERCATORIA directement issue des usages du commerce international).

D'autres usages qui ont leur place en DC international sont les principes UNI-DROIT qui s'intéressent au commerce international et visent à son unification.

Enfin, les principes européens de droit des contrats doivent être cités. Il ne s'agit ici de réglementer que le droit européen (ce n'est pas limité au commerce international).

Les usages et la coutume sont invoqués en droit interne dans lequel on trouve la liberté de la preuve, principe réaffirmé à l'article L. 110-3 (en contradiction avec l'article 636 du c. civ.)

Section III : Le tribunal de commerce.

Il n'absorbe pas la totalité du contentieux commercial car le juge civil demeure compétent en matière de loyers commerciaux et d'actes mixtes. Les tribunaux administratifs sont compétents dès lors qu'un établissement public est impliqué dans un litige commercial. Par ailleurs, la CJCE interprète de plus en plus les dispositions à portée européenne.

Compétence d'attribution des tribunaux de commerce :

Les juridictions spéciales ne sont concernées que par les affaires qui leur sont expressément attribuées par la loi (art 411-4 et s. du code de l'organisation judiciaire pour le champ de compétence ; art L110-2 com. Certains litiges relèvent de la compétence expresse du TC).

Compétence territoriale des tribunaux de commerce :

Le principe découle de l'application des règles de droit commun → art. 42 NCPC : « le lieu où demeure le défendeur ». En matière de droit des sociétés ou d'entreprises qui ont des agences il faut faire appel à la théorie des gares principales : on tolère que le lieu soit celui du lieu où il y a un établissement principal (jurisprudence des gares principales).

Il existe un certain nombre de dérogations posées par l'article 46 du NCPC. Cet article a pour but de faciliter la tâche des demandeurs : le demandeur peut soit assigner au lieu de défendeur, soit il peut choisir en matière contractuelle de saisir le tribunal du lieu où la livraison devait être effective ou le lieu de réalisation de la prestation inexécutée ; si le litige est délictuel le demandeur peut choisir le lieu où s'est fait le fait dommageable ou encore le lieu où le dommage a été subi.

Il est des cas où le commerçant a une option supplémentaire, mais en matière commerciale le droit prévoit obligatoirement une compétence territoriale, notamment lorsque la procédure engagée est une injonction de payer ; dans ce cas là le tribunal compétent est exclusivement celui du lieu où demeure le débiteur de l'obligation de payer, voire de l'obligation de faire. C'est une règle absolument impérative : toute clause contraire est réputée non écrite.

En matière commerciale on connaît d'autres aménagements de ces règles. Une place est réservée aux clauses attributives de compétence.

En ce qui concerne la **compétence d'attribution rationae materiae** : la clause attribue généralement compétence aux juridictions consulaires (commerciales). Cette clause a pour vocation de placer les justiciables sous la protection de leur juge naturel, de leurs pairs.

Cette clause attributive est valable :

- lorsque les 2 justiciables ont la qualité de commerçant.
- lorsque la clause figure dans une relation entre un commerçant et un consommateur, elle est valable lorsque le non – commerçant est demandeur. (Cass. Comm. 10 juin 1997 : la clause en question est inopposable à un défendeur non commerçant).

La clause de compétence territoriale, est valable entre commerçants dans le cadre de leurs relations d'affaires, cela peut malgré tout poser problème car fabricant, grossiste et détaillant ont tous la qualité de commerçant.

La clause de compétence territoriale est frappée de nullité dans les actes mixtes : on estime que le non commerçant n'a pas le professionnalisme suffisant pour être informé sur cette clause.

Lorsqu'une clause déroge à la fois à la compétence matérielle et à la clause territoriale elle est inopposable en totalité au non commerçant en vertu de l'indivisibilité de la clause.

Certaines procédures devant les tribunaux de commerce sont particulières :

→ L'injonction de payer : il s'agit d'une procédure simplifiée qui vise le recouvrement des créances dont le montant ne prête pas à discussion. Cette procédure permet d'obtenir rapidement le recouvrement d'une créance dont le montant est déterminé (ex. un loyer). Le tribunal est exclusivement celui du domicile du défendeur. L'affaire est introduite par voie de requête et le président du tribunal de commerce se prononce dans un délai très bref. En cas d'admission de la demande, l'injonction est immédiatement exécutoire.

→ Les procédures d'urgence : de référé et de requête. Pour ces procédures c'est le président du tribunal de commerce qui est là aussi compétent. Ce président peut statuer en référé pour instituer des mesures qui ne se heurtent pas à des contestations sérieuses (ex. la nomination d'un expert, d'un administrateur...). Surtout le président peut ordonner des mesures conservatoires, des mesures de remise en état et cela dans un souci de prévenir un trouble imminent où faire cesser un trouble manifestement illicite.

L'intérêt majeur pour le créancier (civil ou commercial) est d'obtenir du juge qu'il accorde une provision au créancier. Depuis 1985 il peut ordonner l'exécution de l'obligation lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire (faire cesser un comportement déloyal, faire fermer un magasin le dimanche lorsque celle-ci est en contradiction avec les règles qui prévalent ...)

Le président du tribunal de commerce peut ordonner des mesures par voie de requête lorsqu'il n'y a pas de contradiction.

Section IV : Les procédures arbitrales.

La mise en œuvre d'un arbitrage résulte de 2 modalités : un arbitrage peut être mis en œuvre par un compromis (c'est l'accord des parties pour soustraire le traitement de leur contentieux aux juridictions judiciaires et d'en remettre à des arbitres, mais le compromis est un accord postérieur à la naissance du litige) ou par une clause compromissoire (elle figure dès l'origine dans le document initial : elle intervient nécessairement avant la survenance du litige et dès l'origine les parties se sont entendues pour soustraire tel ou tel litige éventuel aux juridictions judiciaires). Cette clause est beaucoup plus périlleuse et notamment dans sa rédaction...

Les arbitres rendent une sentence arbitrale qui a la même force exécutoire qu'un jugement. Si la sentence n'est pas spontanément exécutée, une juridiction judiciaire sera saisie, à l'initiative du plus diligent, et apposera la formule exécutoire sur la sentence sans être

autorisée à la modifier. L'arbitrage est en plein avec la loi NRE (nouvelles régulations économiques) de 2001 (art. 1442 à 1491 NCPC) + art. 2060 et s. c. civ.

La loi NRE a été considérée par la jurisprudence comme d'application immédiate, elle peut s'appliquer à des clauses compromissoires anciennement rédigées

La clause compromissoire ou le compromis produisent les mêmes effets.

Le plus souvent il y a 3 arbitres : 1 choisi par le défendeur, 1 choisi par le demandeur et le président du tribunal). Les arbitres doivent en théorie être impartiaux (mais ce n'est souvent pas le cas en pratique)

Le tribunal arbitral doit se prononcer 6 mois après que le dernier arbitre ait accepté sa mission (le président). Le tribunal doit entendre les parties et leur conseil, il doit respecter le principe du contradictoire + nécessité de communiquer les pièces à toutes les personnes concernées (sachant qu'il arrive que les parties aient donné mission aux arbitres de statuer comme amiable compositeur ou en amiable composition : les arbitres doivent se détacher de l'application rigoureuse des règles du droit pour apprécier la situation de fait).

La sentence arbitrale dessaisit les arbitres, elle a l'autorité de la chose jugée et si l'exequatur lui est apposée elle aura la force de chose jugée (le créancier pourra demander l'exécution forcée et le renfort de la force publique).

La sentence peut faire objet d'un appel sauf si les arbitres ont été chargés de se prononcer en amiable compositeur.

L'appel est un appel en annulation, il est assez rare que ce dernier prospère.

Section V : L'environnement juridique du droit commercial.

Le droit de la concurrence :

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence a créé le conseil de la concurrence chargé d'appliquer ce droit économique.

Les finalités du droit de la concurrence sont de :

- sanctionner les pratiques restrictives de concurrence.
- faire la chasse aux pratiques anti-concurrentielles, dans la mesure où elles ne sont pas prohibées en elle mêmes mais qu'en fonction de leur objet ou de leur effet : il s'agit essentiellement des ententes horizontales ou verticales (art. L. 420-1 c. comm.), des abus de domination (art L420-2 com.) et des abus de dépendance économique.

Le droit de la consommation :

La protection du consommateur est un souci de plus en plus présent : le code de la consommation a été créé en 1993. Il va s'agir de rétablir l'équilibre entre les deux parties en créant un déséquilibre économique. La protection du consommateur au niveau de l'information : répression de la publicité trompeuse, obligations précontractuelles. Protection du consommateur par la répression dans le cas de ventes forcées, liées, de ventes boules de neige.

Partie I : Les acteurs de l'entreprise commerciale.

Il s'agit de l'élément humain de l'entreprise : le commerçant, les auxiliaires, les salariés et autres représentants.

Titre I : Les commerçants.

Article L121-1 du code de commerce : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

Le droit commercial positif est à la fois le droit des commerçants (condition subjective) mais également le droit des actes de commerce (condition objective).

La définition du commerçant entraîne un certain nombre de conséquences : l'application des règles du droit commercial, des faillites, des mesures de sauvegarde, la compétence des tribunaux de commerce.

Il convient d'envisager 2 temps :

- les conditions d'accès à la profession de commerçant : la qualité du commerçant.
- les obligations propres au commerçant.

Chapitre I : La qualité de commerçant.

Section I : L'accès à l'activité commerciale.

L'accès à l'activité commerciale est soumis au principe de la liberté du commerce :

I. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

L'affirmation de ce principe découle du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et d'une loi dite « Royer » (d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973) qui pose dans son article 1^{er} : « la liberté et la volonté d'entreprendre sont le fondement des activités commerciales et artisanales »

Ce principe a été consacré par le Conseil Constitutionnel comme ayant « valeur constitutionnelle » :

- Le législateur ne pourra porter qu'une atteinte proportionnée au principe uniquement dans un souci d'encadrement de l'ordre public. Le Conseil constitutionnel sera appelé à apprécier du caractère de l'atteinte : proportionnée ou excessive.
- Le législateur est seul compétent pour porter atteinte au principe.

C'est également un principe du droit communautaire qui s'impose de manière directe dans notre droit interne.

La liberté d'entreprendre : toute personne peut exercer l'activité de son choix et par cela l'accès à toute profession doit être libre.

La liberté d'exploiter : le commerçant peut gérer son commerce comme il l'entend (personnellement, en location gérance...).

La liberté de la concurrence : s'entend de la liberté des prix (ordonnance du 1^{er} décembre 1986) et de la prohibition des pratiques anti-concurrentielles.

De plus la force de ce principe est telle que l'on peut sans doute regretter que les commerçants à l'instar des artisans ne soient pas soumis à des obligations de formation professionnelles.

La sanction du principe est purement économique : c'est le dépôt de bilan, la cessation de paiement qui va faire intervenir le tribunal de commerce et des administrateurs pour tenter de remettre sur pieds l'entreprise. La loi qui s'applique ici est la loi du marché.

II. Les exceptions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

A. Les incapacités.

1. Le mineur.

Article L121-2 com. : « le mineur, même émancipé, ne peut pas être commerçant ».

Incapacité totale : incapacité d'exercice (ne peut exercer personnellement) et incapacité de jouissance (exercice par le représentant légal).

Pour le mineur non émancipé la solution est claire dans la mesure où aucun acte de commerce ne lui est autorisé.

Pour le mineur émancipé : articles 487 (« le mineur émancipé ne peut être commerçant ») et 481 (le mineur émancipé est capable de tous les actes de la vie civile) du code civil et article L121-1 du code de commerce (« sont commerçants ceux qui en font leur profession habituelle »).

La combinaison de ces articles permet de dire qu'un mineur émancipé peut effectuer un acte de commerce isolé. S'il ne s'agit pas d'acte de commerce isolé la sanction encourue est la nullité.

Une autre subtilité doit être recherchée : il n'y a pas un régime uniforme ; il faut distinguer selon que l'acte de commerce est un acte d'administration ou un acte de disposition.

2. Le majeur.

Le majeur sous tutelle est privé de toute capacité juridique y compris commerciale, l'acte sera donc nul, la nullité pouvant apparemment être prononcée sans que le majeur ou son représentant n'ait à établir une quelconque lésion.

Le sort est pratiquement identique pour les majeurs en curatelle. En réalité aucun texte ne leur interdit une activité commerciale mais comme la présence physique du curateur est indispensable cette hypothèse est impossible dans la pratique.

Les personnes placées sous sauvegarde de justice : article 491 du code civil : ces personnes ne sont pas moins responsables. Les actes passés par ces majeurs peuvent être attaqués notamment si le demandeur établissait qu'au jour de l'acte le majeur n'était pas sain d'esprit et qu'il n'avait pas toute sa lucidité.

B. La nationalité.

Un étranger peut devenir commerçant à deux conditions :

- Le pays dont est issu le demandeur doit dans sa législation permettre à un français d'exercer dans ce pays (condition de réciprocité).
- La personne souhaitant exercer en nom personnel une activité industrielle, commerciale ou artisanale doit faire la demande d'une carte d'identité portant la mention de « commerçant ». Cette carte de commerçant étranger est également exigée pour exercer les fonctions de dirigeant ou pour devenir associé. Le commerçant qui n'aurait pas obtenu la carte mais qui pratique quand même encourt des sanctions pénales et civiles (nullité absolue des actes accomplis).

Toutefois on assiste aujourd'hui à un aménagement des conditions d'exercice des étrangers : l'assouplissement est le résultat de l'application du traité de Rome qui affirme qu'aucune restriction n'est possible envers un ressortissant de l'U.E. Sont également dispensés de l'obligation d'avoir une carte de commerçant les ressortissants algériens, monégasques et andorrans.

Aujourd'hui les atteintes à cette exigence de carte sont tellement importantes que la légitimité, voire l'efficacité d'une telle exigence est posée.

C. Les incompatibilités.

L'exercice du commerce peut se heurter à des mesures d'incompatibilité et plus gravement à des mesures d'interdiction : c'est le cas lorsque certaines professions ne sont pas compatibles avec l'exercice d'une activité commerciale. La justification avancée est toujours la même : le souci de préserver l'indépendance de la profession initiale.

Cela touche les fonctionnaires qui ne peuvent pas avoir d'activité à titre lucratif quelle qu'elle soit. Les parlementaires sont aussi concernés (encore que le code électoral prévoit quelques dispositions).

La sanction du non respect des règles d'incompatibilité n'est pas la nullité de l'acte mais l'acte peut être qualifié d'acte de commerce ce qui a pour conséquence pour le fonctionnaire ou le parlementaire de se voir reconnaître la qualité de commerçant et l'application des règles du droit commercial.

De plus le contrevenant pourra encourir des sanctions disciplinaires de son corps d'origine et même des sanctions pénales pour les fonctionnaires.

D. Les interdictions d'exercer.

Les interdictions et déchéances visent à interdire tout accès à la profession commerciale pour les personnes dont la moralité est douteuse. Le souci est d'assurer la bonne santé, la bonne moralité des commerçants et de protéger les consommateurs.

Loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions industrielles et commerciales contient les principales dispositions.

Une double peine va être prononcée : une condamnation pénale (qui peut aller jusqu'à 3 mois d'emprisonnement ferme) et une peine complémentaire, l'interdiction d'exercer une activité commerciale (ne peut être inférieure à 5 ans).

De plus l'interdiction peut résulter d'une déchéance qui par exemple interdit à un notaire, un greffier, un officier ministériel qui ont été destitués par leur ordre.

Il y a des textes plus récents, notamment la loi de 1985 sur le redressement judiciaire et la loi de 2005 sur la sauvegarde des entreprises en difficulté.

E. Les autorisations d'exercer.

Il existe des cas très rares où la profession commerciale pour être exercée doit être autorisée : les transporteurs routiers, les débitants de boissons...

D'autres professions doivent être autorisées pour garantir l'honorabilité, la moralité de la profession : les agents de change, les agences de mannequins.

Au niveau des autorisations lorsque l'entrepreneur veut ouvrir une moyenne ou grande surface il doit obtenir de la commission d'équipement commercial une autorisation (autorisation qui est très loin d'être systématique). En cas de refus un recours devant la CDEC (commission départementale d'équipement commercial) puis si il y a encore eu refus devant la Commission Nationale (CNEC)

Cette autorisation est donnée intuitu personae : elle n'est ni cessible, ni transmissible.

Autre point gênant : certaines activités ont besoin d'avoir une garantie financière : on peut penser aux agences de voyages qui proposent la vente d'appartement en temps partagé et aux courtiers d'assurance.

Section II : L'exercice de l'activité commerciale.

§1. L'exercice d'actes de commerce.

I. Les conditions objectives.

L'analyse de l'article L. 121-1 com. met en exergue la dualité des conditions objectives et subjectives. On retrouve la condition objective posée aux articles L. 110-1 et L. 110-2 qui dressent une liste de ce que le code de commerce considère comme des actes de commerce.

A. Les actes de commerce par nature.

Les actes de commerce par nature : ces actes sont commerciaux par eux même à titre principal en raison de leur objet et de leur forme. Pour le commerce terrestre l'article L110-1 en dresse la liste, et pour le commerce maritime, il faut se référer à l'article L110-2.

1. Les activités d'échange.

a. L'achat de meubles ou d'immeubles pour les revendre (L.110-1, 1° et 2°).

L'achat est en lui-même un acte de commerce à condition qu'il soit réalisé avec une intention de revendre nécessairement concomitante à l'acte d'achat (sinon, c'est un acte civil). Peu importe que la revente ait lieu, l'intention suffit. Cette intention se prouve par tous moyens et souvent la preuve résulte de la qualité de professionnel de l'acheteur.

Depuis 1967, le code de commerce ne distingue plus selon qu'il s'agit d'achat de meubles ou d'immeubles (art L110-1 1°), il y a cependant une restriction concernant les immeubles. L'acte ne sera pas qualifié de commercial si l'achat porte sur la revente d'un immeuble visant à édifier un ou plusieurs bâtiments en vue de le vendre en blocs ou pas (promotion immobilière).

L'activité de marchand de biens est une activité commerciale. La revente reçoit la qualification d'acte de commerce (la jurisprudence retient le caractère habituel de l'achat pour la revente ; elle recherche également l'intention spéculative).

La vente en elle-même n'est pas toujours commerciale comme par exemple la vente d'une production agricole (pas d'achat au préalable), la vente d'eau de source, la vente de pétrole.

La cession de brevet est un acte civil, même solution pour les droits d'auteurs. De plus, elle recherche l'intention spéculative.

b. La location de meubles (L.110-1, 4°).

Art L110-1 le code évoque les entreprises de location de meubles qui ont une activité commerciale par nature. Théorie de l'accessoire : on peut attirer la location d'immeubles dans la sphère commerciale lorsqu'elle constitue une activité accessoire par rapport à la location de meubles qui constitue l'activité principale. L'analyse du droit fiscal retient que l'activité est civile si l'immeuble est loué nu dans l'autre cas c'est commercial.

c. Les entreprises de fourniture (L.110-1, 6°).

C'est une activité de livraison successive de biens qui nécessite une durée, un renouvellement de l'activité à intervalles réguliers. Ex : exploitation gisement de gaz est une activité civile

mais sa distribution est une activité commerciale. C'est la catégorie fourre-tout: exploitation d'une clinique, pompes funèbres...

2. Les activités industrielles.

a. Les entreprises de manufacture (L.110-1, 5°).

Cette catégorie d'actes de commerces englobe l'achat de matière première pour les revendre après transformation. La lisière entre les activités commerciales et les activités artisanales voire avec les entreprises agricoles est difficile à tracer. Art L110-3 simplifie : répute acte de commerce toutes les entreprises de construction navales.

b. Les entreprises de transport (L.110-1, 5°).

Toutes les entreprises de transport par terre, par mer, par rail, par air sont considérées comme faisant des actes de commerce par nature. Art L110-2. Les entreprises de déménagement font des actes de commerce.

c. Les entreprises de spectacle public (L.110-1, 6°).

On considère que l'organisateur loue les services des acteurs pour la représentation. Cette location ayant un but lucratif : les organisateurs deviennent commerçants. Question des associations caritatives et clubs sportifs : en principe civil. Dès que la recherche de profit est avérée : activité commerciale.

3. Les activités financières.

a. Les opérations de change et de banque (L.110-1, 7° et 8°).

Toutes les activités liées à la banque sont commerciales. L'article 1^{er} de la loi 24 janvier 1984 définit toutes les activités de banque : la réception de fonds publics, les opérations de crédit et la mise à disposition ou la gestion des moyens de paiement.

Les opérations liées à la bourse sont également commerciales : les spéculateurs boursiers sont des commerçants.

Concernant les boursicoteurs, tout dépend de la fréquence à laquelle la personne passe des ordres : on considère que celui qui gère un portefeuille d'actions en bon père de famille n'est pas commerçant car il gère son patrimoine personnel. Celui qui passe habituellement des ordres de bourse et qui en tire l'essentiel de ses revenus pourra être qualifié de commerçant car il fait des actes de commerce.

b. Les opérations d'assurance (L.110-2, 5°).

Elles ne sont pas expressément visées par le code mais par la jurisprudence qui qualifie de commercial les activités d'assurance maritime sur la base de l'article L110-2 5°, puis généralisation de la catégorisation. L'intention spéculative est exigée : demeurent civiles les mutuelles d'assurance qui sont censées ne poursuivre aucun but lucratif.

4. Les activités d'intermédiation.

Ce sont les activités pour lesquelles des personnes, des tiers s'entremettent dans le commerce en fournissant la plupart du temps des prestations intellectuelles mais on admet aujourd'hui la fourniture de prestations matérielles. Le trait caractéristique de l'intermédiation est le très fort intuitu personae qui lie les deux personnes et crée un rapport particulier.

a. Les entreprises de commission (L.110-1, 5°).

Elles sont réglementées par le code de commerce à l'art L132-1 ; le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.

Les droits et devoirs du commissionnaire sont déterminés par analogie ou par comparaison voire par opposition avec les droits et devoirs du mandant et du mandataire du contrat de mandat qui lui est réglementé au code civil.

Les commissionnaires sont des intermédiaires qui concluent des contrats (transport, assurance...) en leur propre nom mais, s'agissant d'un mécanisme de représentation, les commissionnaires agissent pour le compte d'autrui (le commettant) sans jamais révéler son identité.

La commission se caractérise par l'opacité : un commettant charge un commissionnaire de conclure un contrat de transport avec un transporteur. Le transporteur ne connaît que le commissionnaire. Dans le cas du mandat, le mandataire va par exemple vendre un appartement à un tiers et va s'effacer (transparence) en disant à l'acheteur qu'il agit pour le compte du mandant. Le tiers a une action directe contre le mandant ce qui n'est pas le cas dans une commission.

Le commissionnaire est directement responsable de l'exécution du contrat à l'égard du tiers et du commettant. Toutefois sa responsabilité à l'égard du commettant est assouplie sauf si dans la relation commettant/commissionnaire ce dernier s'est porté du croire (supplément de rémunération induisant une obligation supplémentaire : garantie de la bonne exécution de la totalité de l'opération).

b. Le courtage (L.110-1, 7° et 3°).

C'est une opération d'intermédiation (pas de représentation). Le courtage est l'opération par laquelle une personne (le courtier) va s'attacher à rapprocher deux autres personnes (a et b) en vue de faciliter la conclusion d'un contrat directement entre eux. On le rencontre dans le droit des assurances, dans le domaine du vin (courtier en vins) et domaine matrimonial (courtage matrimonial). Le courtier est toujours commerçant même si l'activité qu'il facilite est de nature civile (art L110-3).

c. Les agences et bureaux d'affaires (L.110-1, 6°).

C'est une opération d'intermédiation. Il s'agit de toutes les activités de services qui aident à la gestion d'affaires pour le compte d'autrui comme par exemple les cabinets de recouvrement. Peu importe que les affaires gérées soient civiles ou commerciales : le fait de s'entremettre transforme nécessairement l'activité en activité commerciale.

d. Les établissements de vente à l'encan (L.110-1, 6°).

C'est l'exploitation des salles de vente publiques, l'activité des ventes aux enchères. Les ventes aux enchères sont des activités commerciales et leur monopole a été écorné par une réforme.

B. Les actes de commerce par la forme.

Ce sont des actes qui sont toujours commerciaux qu'ils soient réalisés par un commerçant dans le cadre de son activité professionnelle ou bien qu'ils soient conclus par un non commerçant de manière isolée.

1. La lettre de change (L.110-&, 10°).

La lettre de change : c'est la traite, le titre de paiement mais aussi le titre de crédit par lequel une personne appelée le tireur donne l'ordre à l'un de ses débiteurs, le tiré, de verser à un tiers, le porteur, une certaine somme d'argent à une certaine date dans un avenir proche.

Cette opération instaure à la fois un paiement simplifié : le tiré paie au porteur. Le paiement est sûr, il n'y a pas de transfert de fond ; paiement à crédit : 90 jours.

La commercialité est présumée (art L110-1, 10°). Tout signataire d'une lettre de change à quelque titre que ce soit est tenu d'un engagement commercial et quelle que soit sa profession, son activité et dès lors il sera passible des tribunaux de commerce. De plus, la présomption de commercialité de la lettre de change est une présomption irréfragable (aucun moyen de lutter contre). Si l'un des signataires n'est pas commerçant, on ne pourra pas lui appliquer les mesures de sauvegarde ni les règles des procédures collectives.

Elle présente un danger pour les consommateurs, la rapidité à laquelle elle circule peut induire en erreur sur la portée de l'engagement. Le législateur a donc prohibé le recours aux lettres de change dans toutes les opérations de crédit souscrites par un consommateur, la sanction étant la nullité du crédit et également amener des sanctions pénales.

2. Les sociétés à forme commerciale (L210-1).

En principe, la qualification d'un groupement de personnes ou la qualification d'une société dépend de son activité. Toutefois par exception à ce principe, dès l'origine, certaines sociétés quel que soit leur objet, ont un caractère commercial : ce sont des sociétés commerciales par la forme.

La commercialité formelle des sociétés : sociétés par action, SARL, SNC, EURL, sociétés en commandite simple. De plus, toutes les opérations établies par une société commerciale sont de facto commerciales. L'activité de ces sociétés est commerciale du moment qu'elle entre dans le champ de l'objet social : rédaction statut doit veiller à adopter un objet social large.

3. Les actes portant sur le fonds de commerce.

Ce sont les actes que fait l'entreprise sur le fonds de commerce qui sont commerciaux même s'il s'agit d'actes précoces (achat du fonds de commerce : logiquement pré-commercial). De même la généralité déborde de façon postérieure puisque la cession des fonds de commerce relève des actes portant sur le fonds. Tous les contrats qui intéressent le fonds de commerce au sens large sont considérés comme des actes de commerces ; ex : le nantissement du fonds.

C. Les actes de commerce par accessoire (L110-1, 9°).

Art L110-1 9° : toute obligations entre négociants, marchands et banquiers.

En vertu de la théorie de l'accessoire, un acte par principe civil va devenir commercial s'il est réalisé par un commerçant ou se rattache à une opération commerciale.

Il faut un certain nombre de critères qui indiquent l'attraction de l'acte civil par la commercialité :

L'acte doit être accompli par un commerçant.

L'acte doit être accompli pour les besoins du commerce sachant que tout acte fait par un commerçant bénéficie d'une présomption de commercialité par accessoire (pas besoin de prouver).

II. Les conditions subjectives : l'exercice à titre habituel et à titre professionnel (art L.121-1).

L'activité doit être exercée à titre habituel (activité répétée dans la durée), à titre professionnel (mise en œuvre de moyens dans un but lucratif). La profession commerciale n'est pas nécessairement exclusive : elle peut se conjuguer avec d'autres activités, on parle alors de pluri activité donc pose une difficulté est posée pour déterminer l'accessoire du principal :

- ✓ L'activité commerciale constitue la profession principale c'est-à-dire qu'elle fournit la plus grande partie des ressources. Ainsi l'intéressé est commerçant même s'il exerce à titre accessoire et secondaire une activité civile.

- ✓ L'activité commerciale est secondaire mais elle n'a pas de lien avec l'activité civile exercée à titre principal. L'intéressé à la qualité de commerçant pour cette activité secondaire, la règle de l'accessoire ne joue pas.
- ✓ L'activité commerciale est le complément nécessaire d'une activité non commerciale, l'intéressé ne devient pas commerçant. Par exemple le chirurgien qui achète des prothèses auditives et qui va les revendre à ses clients. L'activité civile demeure : l'acte achat/revente est un acte accessoire par rapport au principal, le placement de la prothèse.

Cette notion de commerçant est particulièrement difficile à cerner. La notion d'exercice à titre professionnel remplace la notion de commerçant et on voit de plus en plus le développement d'un droit des professionnels, la notion stricto sensu de commerçant perd de sa pertinence. Une nouvelle définition : est commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle.

§II. Le régime des actes de commerce.

I. Durant l'exécution de l'acte.

Le régime des actes de commerce déroge au droit commun par trois règles :

La solidarité : Contrairement aux dispositions de l'art 1202 du code civil, la solidarité est toujours présumée en droit commercial (droit coutumier). Cette présomption contrat « legem » vaut pour toutes les dettes commerciales, son domaine d'application est très large : elle vaut pour les dettes d'origine contractuelle, pour les dettes d'origine quasi contractuelle et aussi pour les dettes d'origine légale.

La conséquence est lourde pour les codébiteurs : sont présumés tenus solidairement et il suffit que les dettes présentent un caractère commercial pour en déduire que les débiteurs sont tenus solidairement. Le créancier peut demander à un quelconque débiteur le paiement de l'intégralité de la dette. Le codébiteur ne peut pas imposer au créancier qu'il divise ses recours.

Toutefois, le paiement intégral effectué par un des codébiteurs libère les autres. La solidarité, les codébiteurs se représentent mutuellement, il y a un mandat à la représentation. On déduit de cette représentation que la mise en demeure adressée par le créancier à l'un quelconque des codébiteurs vaut pour tous. La mise en demeure interrompt le cours du délai de prescription. La chose jugée à l'égard de l'un des codébiteurs se répand aux autres codébiteurs. La solidarité est une présomption simple qui peut être écartée par stipulation contraire.

L'anatocisme : C'est le problème de la capitalisation des intérêts d'une dette. L'art 1154 civ. dispose que les intérêts échus des capitaux peuvent prévoir intérêt mais qu'après une année. Une jurisprudence constante conforte la pratique en droit commercial : les intérêts peuvent produire intérêts à chaque arrêté de compte (tous les ou 6 mois).

La cour de cassation a rappelé que cette pratique est tout à fait licite (4 décembre 1990 civ.1^{ère}) la cour distingue entre les comptes courants et les comptes de dépôts : la pratique est licite pour les comptes courants mais illicite s'agissant des comptes de dépôts. La jurisprudence étend cet usage au comptes de tous les professionnels : la qualité de professionnel est retenue et au vu de l'arrêt de 1990 le principe de l'art 1154 ne s'applique plus aux comptes courants et reste applicable aux comptes de dépôt. Il y a une discrimination en fonction du type du compte.

Les règles de prescription : La prescription est le moyen, le temps aidant, de se libérer d'une obligation, d'une action en justice. Aujourd'hui la prescription de droit commun art 2262 civ.

est fixée à 30 ans. Cette prescription de droit commun est assortie d'une multitude de prescriptions plus courtes. Le projet CATALA est venu essayer de clarifier et d'harmoniser en proposant un délai beaucoup plus bref de 3 ans. Le droit commercial institue une prescription extinctive des obligations de 10 ans (art L110-4 com.). Cet article réserve les hypothèses de délais plus courts (en droit du transport 1an pour les actions lacées par les voituriers art L133-6 com.).

II. Au moment du contentieux de l'acte.

Le droit de la preuve obéit à des règles particulières en matière commercial art L110-3 com. « les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen sauf s'il en disposé autrement par la loi ». La confiance est nécessaire dans les rapports entre commerçants ainsi que l'exigence de rapidité.

Par exemple, pour prouver les contrats synallagmatiques, la formalité du document en double exemplaire n'est pas exigée. Cela ne pose pas de problème lorsque l'acte lie deux commerçants. Le problème se pose pour les actes mixtes : l'acte est civil pour le particulier et commercial pour le commerçant. Les règles du droit civil et du droit commercial sont appliquées de manière distributive selon la nature de la personne. L'acte mixte est soumis à un régime juridique dualiste : en matière de compétence des tribunaux, l'attribution est soumise au défendeur : si non commerçant en principe seul le tribunal civil est compétent, si commerçant le demandeur non commerçant dispose du choix. La jurisprudence attribue certaines clauses d'attribution de compétence aux tribunaux commerciaux.

En matière de preuve, le non commerçant qui veut prouver contre le commerçant pourra utiliser tout moyen de preuve. Le commerçant qui peut prouver contre le non commerçant est tenu à l'article 1341, 1348 civ.

Chapitre II : Les obligations du commerçant.

En ce qui concerne les obligations propres au commerçant, 2 obligations principales peuvent être soulignées :

- l'obligation qui pèse sur les commerçants de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés
- l'obligation qui pèse sur les commerçants de tenir une comptabilité conforme aux exigences du plan comptable

Section I : L'inscription au RCS.

Le décret du 30 mai 1984 « relatif au RCS » établit le régime de déclaration des informations nécessaires à l'immatriculation. Il a été modifié par le décret du 1^{er} février 2005 (possibilité d'inscription par voie électronique avec usage de la signature électronique ; art 1316-4 civ.).

Cette publicité légale est difficile à mettre en œuvre car on doit concilier 2 intérêts antagonistes :

- le droit à l'information des tiers, des créanciers et des fournisseurs.
- le droit à la confidentialité du commerçant concernant son activité.

I. L'organisation du RCS.

Ce registre est tenu par les greffes des tribunaux de commerce. Les personnes qui sont tenues de cette obligation doivent fournir un dossier qui est archivé une 1^{ère} fois au greffes et dont le double est envoyé à l'INPI qui est chargé de recenser et de compiler les registres locaux en un registre national.

Le greffier va vérifier les informations qui lui sont fournies et peut refuser l'immatriculation si la personne physique est mineure, et au delà, est chargé de veiller à la cohérence des opérations, des actes.

Toutefois le rôle du greffier est limité, il s'en tient à une apparence de régularité. Sa compétence est exclusive, personne d'autre que lui ne peut délivrer des certificats d'inscription ou des extraits des mentions figurant aux registres.

Ce registre du commerce et des sociétés joue un rôle très lourd pour les tiers et les créanciers. C'est la raison pour laquelle un juge du TC est chargé de contrôler les greffiers ; il peut se saisir d'office ou être mandaté par le procureur de la république.

II. L'immatriculation au RCS.

A. Les conditions de l'immatriculation.

L'immatriculation va permettre au commerçant d'obtenir un numéro d'immatriculation ; cela produit des effets très lourds notamment pour les personnes physiques.

Sont soumis à l'obligation d'immatriculation :

Les artisans personnes physiques, les EPIC, les sociétés civiles et commerciales, les GIE, les associations faisant appel public à l'épargne et certains commerçants étrangers.

Les personnes physiques commerçantes doivent être immatriculées au plus tard 15 jours après le début de leur activité. Si l'immatriculation n'est pas demandée dans les délais le juge chargé du contrôle peut ordonner l'immatriculation sous menace de sanctions pénales.

De plus, le commerçant non inscrit ne peut pas se prévaloir de sa qualité de commerçant à l'égard des tiers ; il ne peut pas bénéficier de sa qualité de commerçant mais il supportera tous les inconvénients, les obligations liées aux commerçant.

En revanche pour les personnes morales (sociétés, GIE ...) aucun délai n'est imposé pour demander l'immatriculation : « l'immatriculation confère au groupement la personnalité morale » (art 1842 civ.).

Les décrets prévoient les renseignements et les pièces à fournir.

L'immatriculation principale peut se doubler d'immatriculations secondaires voire complémentaires. Elles sont nécessaires lorsque le commerçant a un autre établissement dans le même ressort juridictionnel.

Lorsque l'inscription et l'immatriculation ont été accordées le commerçant peut être tenu de demander une inscription modificative si un événement qui peut intéresser les tiers survient : divorce, changement de régime matrimonial, jugement d'incapacité, fusion, augmentation de capital, changement de dirigeant...

Il y a une exigence très forte et sanctionnée qui est la demande de radiation :

- pour le commerçant personne physique il est tenu de demander sa radiation dans le mois qui précède ou qui suit la cessation d'activité
- pour les personnes morales la radiation doit être demandée dans le mois qui suit la clôture des opérations de liquidation.

Dans tous les cas le greffier ou le juge pourront prononcer la radiation d'office après un certain délai.

B. Les effets de l'immatriculation.

1. L'effet matériel : l'attribution d'un numéro d'identité.

La conséquence matérielle est simple : l'immatriculation a pour effet d'attribuer au commerçant un numéro d'immatriculation qui doit figurer dans tous les documents de la société.

2. Les effets juridiques.

A l'égard des personnes physiques, l'immatriculation fait peser une présomption légale de la qualité de commerçant (L. 123-7 com.). C'est une présomption mixte qui ne peut pas être renversée par la personne physique immatriculée à tort. En revanche, les tiers peuvent faire tomber cette présomption par la preuve contraire (le bailleur notamment).

Pour les personnes morales, l'immatriculation conditionne l'existence de la personne morale.

Section II : La tenue d'une comptabilité.

Cette obligation a plusieurs objectifs :

- traçabilité des opérations.
- Image fidèle et fiable de l'entreprise.
- Base de prélèvement pour les services fiscaux.

Articles relatifs à la comptabilité dans le code de commerce : L122-12 à L122-23.

§1. L'étendue de l'obligation comptable.

I. Les documents comptables obligatoires.

Obligations communes à tous les commerçants : tenue des livres comptables et établissement des comptes annuels. Décret 25 novembre 1983 : art L123-12.

A. Les livres comptables.

Il existe trois livres comptables auquel tout commerçant doit s'astreindre.

- Le livre journal : document qui enregistre quotidiennement et chronologiquement tous les mouvements qui affectent le patrimoine commercial (achat, vente, salaires, primes assurances...)
- La grand livre : récapitule les écritures du livre journal, cette récapitulation doit opérer une ventilation entre les différents comptes tenus par l'entreprise.

- Le livre d'inventaire : regroupe chaque année tous les éléments de l'actif et du passif de l'entreprise, tous ces éléments étant évalués et estimés et ce livre d'inventaire reproduit l'ensemble des comptes annuels.

Les textes des articles L123-22 et s. précisent la façon dont ces documents doivent être tenus : registres cotés (numérotés) et parafés par le greffier du tribunal de commerce ;

Les documents doivent être établis sans blanco, ni altération ; en cas d'erreur, elle sera corrigée par une passation d'écriture.

B. Les comptes annuels.

Les obligations varient en fonction de la taille de l'entreprise : les petites structures ne devront réaliser qu'une comptabilité dite « simplifiée » alors que les structures importantes seront soumises au régime normal de la comptabilité générale. La différence entre les deux systèmes tient essentiellement à la quantité de documents qu'il faut fournir en complément des comptes.

Toute entreprise doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice :

- Le bilan : « décrit séparément, à la clôture de l'exercice, les éléments actifs et passifs de l'entreprise et fait apparaître, de façon distincte, les capitaux propres » (Art L123-13 alinéa 1 com.).

L'actif du bilan classe les biens en fonction de leur permanence :

- ✓ L'actif immobilisé [éléments corporels (terrains, les constructions, le matériel, l'outillage...) et incorporels (brevets, licences d'exploitation de brevet, marques, fonds de commerce, parts dans d'autres sociétés...)]
- ✓ L'actif circulant (stocks, valeurs mobilières, créances sur les clients...).

Le passif du bilan rassemble les capitaux propres et les dettes (remboursement réel à terme et provisions).

- Le compte de résultat : il décrit toutes les opérations de l'année, produits et charges qui permettent de déterminer un bénéfice ou une perte et cela indépendamment du patrimoine de l'entreprise, du bilan (Art L123-13 al2).
- L'annexe (art L123-12 al3) complète et commente les informations données par le bilan et par le compte de résultat ; elle constitue un gage de fiabilité.

II. Les principes comptables essentiels.

- Le principe de spécialité des exercices (art L123-12 al2). Les opérations réalisées au cours d'un exercice comptable doivent être obligatoirement rattachées à l'exercice N et non à N+1.
- Le principe de présentation détaillée des comptes (art L123-14 al1). Il faut avoir autant de comptes que nécessaire de façon à donner une image fidèle du patrimoine de l'entreprise.
- Le principe de permanence (art L123-17) : Il faut conserver des méthodes de présentation et d'évaluation permettant de réaliser une comparaison d'un exercice à l'autre.

- Principe du coût historique (art L123-18). L'évaluation des biens se fait à la date d'entrée dans l'entreprise. En ce qui concerne les biens acquis à titre onéreux, ils seront évalués à leur prix d'achat. Les biens acquis à titre gratuit seront enregistrés à leur valeur vénale. Ce principe n'empêche pas la prise en compte d'une déperdition de leur valeur ultérieurement (peut s'agir d'une augmentation de valeur).
- Le principe de l'évaluation séparée (art L123-19) : il ne peut être opéré aucune compensation entre l'actif et le passif pour le bilan, et entre les produits et les charges pour le compte de résultat.
- Le principe de continuité d'exploitation (art L123-30) : il conduit le commerçant à se placer dans une optique de continuité d'exploitation et non pas de cessation d'activité.

Tous ces principes sont repris dans le PCG sous la forme de trois impératifs (art L123-14) : régularité (conformité des comptes avec la réglementation en vigueur), sincérité (comptabilité conforme à la réalité et à l'importance de l'entreprise), fidélité (les comptes doivent donner une image fidèle de l'entreprise concernant ses ressources et ses dettes).

§2. La sanction de l'obligation comptable.

I. La fonction probatoire de la comptabilité.

La comptabilité joue un rôle probatoire important car :

- On peut opposer à un commerçant les éléments qui figurent dans sa comptabilité. La comptabilité est une sorte d'aveu. L'article 1330 du Code Civil autorise l'usage de sa comptabilité à des fins de preuve à condition de retenir les indications favorables et défavorables à celui qui s'en prévaut.
- Dans les litiges entre commerçants pour faits de commerce, la comptabilité peut servir de preuve du moment qu'elle est tenue de façon régulière (article L 123-23 com.). Le même article dispose que dans certains cas, le tribunal pourra ordonner la communication de documents comptables. Dans les autres cas, seul le tribunal ou un expert aura accès aux documents afin de préserver la confidentialité des comptes.

Les documents comptables et les pièces justificatives doivent être conservés pendant dix ans (art L123-22 al2).

II. La répression des irrégularités comptables.

Les sanctions pénales : (exemples)

- Falsification de document comptable : passible de 3 ans de prison et d'une amende.
- Présentation de faux bilan ou d'une image infidèle de l'entreprise : 5 ans d'emprisonnement et amendes très importantes.

Toutes ces infractions peuvent contribuer à constituer délit de banqueroute selon code commerce et selon loi de 1985 (délict de banqueroute est à la frontière entre le code de com. et le code pénal).

Les sanctions commerciales :

L625-3 Com. envisage la possibilité de faillite personnelle pour le commerçant ou le dirigeant de société qui n'aurait pas tenu une comptabilité fidèle dans cas de redressement judiciaire. La faillite pers peut être assortie d'une interdiction de gérer entreprise commerciale L625-2

Les sanctions civiles : l'article 1382 est ici applicable, la responsabilité civile du commerçant peut être engagée.

Titre II : Les auxiliaires du commerçant.

Le développement d'une entreprise commerciale nécessite que commerçant travaille avec d'autres . Ces auxiliaires peuvent avoir plusieurs statuts :

- Conjoint du commerçant
- Salariés
- Non-salariés

Chapitre I : Le conjoint du commerçant.

Section I : L'incidence du régime matrimonial.

Le conjoint du commerçant est soumis à un certain nombre de règles selon le régime matrimonial, même si n'exerce pas d'activité avec son conjoint.

Si conjoint exerce une activité avec son conjoint il doit opter pour 1 des 3 statuts prévus par la loi

§I. L'obligation d'informer les tiers.

Les tiers doivent être informés que le commerçant est marié et selon quel régime.

§2. Les pouvoirs des époux.

Il doit être porté inscription au RCS du choix du régime matrimonial et y apporter des modifications si nécessaire.

Si le commerçant est marié sous le régime de la séparation des biens, cela ne pose pas de difficultés particulières.

En revanche si le régime est celui de la communauté des biens, (réforme de décembre 1985), les pouvoirs des époux sur les biens ne sont pas neutres et il faut distinguer selon la nature des actes effectués par l'un ou l'autre.

I. Les actes courants.

Actes d'administration, de gestion, mais pas des actes de disposition : chaque époux a le pouvoir de passer seul ces actes d'administration et certains actes de disposition pas trop importants. C'est un système de gestion concurrente.

Dérogação : Art 1421 al 2 civil, qui permet de passer seul des actes de disposition nécessaires à l'exercice de sa profession séparée.

II. Les actes graves.

A. Les actes soumis a cogestion.

Actes que les époux ne peuvent pas passer l'un sans l'autre 1424 code civ. (vendre des immeubles, le fonds de commerce, les droits sociaux).

Ce qui veut dire que le commerçant qui a créé fonds de commerce pendant son mariage ne peut pas le céder ou le nantir sans accord de son époux. Mais le commerçant seul peut donner fonds de commerce en location gérance.

Peut-il céder des éléments constitutifs (marque, stock...) ? Cass. : oui à la condition que cession ne puisse être requalifiée en cession du fonds lui-même.

De même, on ne peut pas céder des parts de SARL si les parts ont le statut de bien commun.

B. Les apports des biens communs en société.

Chaque époux peut disposer des biens communs sauf ceux sur liste (voir Art 1424 civ.)

Exception : on ne peut apporter à une société des parts sociales ni en acquérir sans informer le conjoint (1832-2 civ.) qui pourra demander la mise à son nom de la moitié des parts.

C. Les emprunts et cautionnements.

Ce sont des actes dangereux : la loi du 23 décembre 1985 sur la réforme des régimes matrimoniaux a voulu empêcher que ces actes puissent être pris par un seul des époux en engageant les biens communs (art 1815 civ.) :

- Si un seul conjoint emprunte ou se porte caution, il n'engage que ses biens propres et ses revenus, le fonds de commerce commun ne peut être saisi.
- Si les deux empruntent ou se portent caution, le fonds de commerce peut être saisi.
- Si un emprunte et que l'autre donne son consentement, il existe une incertitude quant aux biens engagés : (conflit entre les articles 1414 et 1415 du code civil).
 - ✓ Une réponse ministérielle précise que les gains et salaires de celui qui a consenti sont malgré tout engagés.
 - ✓ Cass. environ 10 ans en arrière avait dit que le consentement express ne valait pas engagement des biens de celui qui avait donné l'autorisation.

Section II : Le statut professionnel du conjoint.

Loi du 2 août 2005, décret d'application sorti en août 2006 : loi fourre-tout qui comprend entre autres les dispositions sur le statut du conjoint collaborateur.

Le conjoint doit choisir parmi 3 statuts :

- le statut de conjoint collaborateur : le plus modifié
- le statut de conjoint salarié
- le statut de conjoint associé

Le souci de la loi est de protéger le conjoint qui travaille avec son époux/épouse en cas de divorce, en cas du décès, pour formation, retraite, épargne.

La réglementation de 2005 touche beaucoup de textes des codes de commerce, civil, du travail, de la sécurité sociale. Malgré cette loi très favorable au conjoint du commerçant, on ne peut que regretter que l'obligation de choisir un statut a été étendue au conjoint de celui qui travaille dans une profession libérale mais exclue les concubins et les personnes pacsées.

§1. Le conjoint collaborateur.

Le décret donne la définition du conjoint collaborateur : « est considéré comme conjoint collaborateur, le conjoint d'un chef d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale, qui exerce une **activité professionnelle régulière** dans l'entreprise **sans percevoir de rémunération** et sans avoir la qualité d'associé ». L'activité doit également être **effective**.

« sont présumés ne pas exercer dans l'entreprise une activité professionnelle de manière régulière le conjoint qui exerce à l'extérieur de l'entreprise une activité salariée d'une durée au moins égale à la moitié de la durée légale du travail ou d'une activité non-salariée aussi longue »

Le décret ne prévoit pas de sanctions si les conditions ne sont pas respectées.

Les sociétés : l'article L121-4 2° du code de commerce prévoit que le statut de conjoint collaborateur ne soit autorisé qu'au conjoint du gérant associé unique et ou gérant associé majoritaire d'une SARL ou d'une SELARL. Le choix du statut du conjoint doit être porté à la connaissance des associés lors de la 1^{ère} assemblée générale après inscription au RCS (ou au répertoire des métiers).

Si société a plus de 20 employés pendant 24 mois consécutifs (pas de définition du terme consécutif) : le statut de conjoint collaborateur tombe et il faut faire radier la mention de conjoint collaborateur du RCS.

Le décret a complété les mesures de publicité et prévoit le contenu de l'information qui doit être communiquée : pour ceux qui n'étaient pas déclarés avant le décret, la déclaration doit être faite au 1^{er} septembre 2006.

Les effets de l'acquisition du statut de conjoint collaborateur :

Mandat social

Le conjoint peut accomplir à la place et au nom du chef d'entreprise (commerçant ou artisan uniquement) tous les actes administratifs relatifs à l'exploitation de l'entreprise. Il est présumé avoir reçu un mandat de son époux exploitant. Le chef d'entreprise reste cependant seul responsable vis-à-vis des tiers.

Assurance maladie

Au regard de l'assurance maladie, le conjoint, n'étant pas rémunéré et ne payant pas de cotisation personnelle, est couvert en qualité d'ayant droit du chef d'entreprise.

Assurance vieillesse

Le conjoint collaborateur est tenu de cotiser au régime d'assurance vieillesse de base, de retraite complémentaire et d'invalidité-décès du chef d'entreprise.

Formation du conjoint collaborateur

Le conjoint collaborateur bénéficie d'un droit personnel au titre de la formation professionnelle continue.

Au décès du chef d'entreprise, le conjoint collaborateur a droit à rémunération prélevé sur l'actif de la succession (environ 40000 euros).

§2. Le conjoint associé.

Le conjoint peut également bénéficier de ce statut dans une SNC, une SAS ou une SARL. Le conjoint participe à la gestion et peut même être nommé gérant.

Le patrimoine du conjoint est mieux protégé : il n'est responsable qu'à concurrence des apports en société.

Il bénéficie de la protection maladie, maternité, vieillesse, des allocations familiales et si il est gérant, il peut être rémunéré. Il est électeur et éligible au sein chambres de commerce.

§3. Le conjoint salarié.

C'est le statut le moins choisi, ce choix possible quel que soit le statut juridique de l'entreprise.

Le conjoint salarié doit exercer son activité dans l'entreprise à titre professionnel et habituel. Il a droit au salaire min SMIC. Ce salarié bénéficie de la protection sociale selon régime général des salariés et pas en tant qu'ayant droit.

Si la société est soumise à l'IS, la rémunération qui lui est versé est intégralement déductible des bénéfices annuels imposables de la société.

Si entreprise individuelle ou pas soumise à l'IS, les salaires versés sont déductibles sous certaines conditions.

Chapitre II : Les collaborateurs du commerçant.

Section I : Les vrais salariés.

Le droit du travail trouve ici à s'appliquer de façon intégrale.

Les salariés des commerçants doivent être intégrés dans l'entreprise du commerçant par le biais de la participation des salariés au résultat de l'entreprise.

L'intéressement au bénéfice de l'entreprise est obligatoire pour les entreprises commerciales de plus de 50 salariés ; dans les petites structures, il est facultatif (inexistant).

Les entreprises commerciales peuvent intégrer des représentants du personnel au conseil d'administration ou au conseil de surveillance.

Il a même été prévu la possibilité pour les salariés de racheter l'entreprise commerciale qui connaît des difficultés mais cette procédure a engendré beaucoup de fraudes et une nouvelle législation est venue l'encadrer, lui faisant perdre son importance.

Section II : les vrais-faux salariés.

I. Les Voyageurs Représentants Placiers.

Les voyageurs représentants placiers (VRP) ont pour rôle de démarcher la clientèle pour le compte d'un ou plusieurs commerçants ; il dispose d'une certaine autonomie ce qui en fait un salarié singulier : c'est un salarié hors entreprise.

Les articles L751-1 et s. du code du travail disposent du régime applicable au VRP.

Le VRP peut travailler pour le compte d'un ou plusieurs employeurs, mais qu'il lui est formellement interdit de faire des opérations pour son propre compte.

Le VRP est un représentant, son activité principale est de prendre et de transmettre les commandes. Le contrat de VRP comporte dans la majorité des cas une zone géographique sur laquelle il dispose, la plupart du temps, d'une exclusivité de démarchage.

Sa rémunération se compose en deux parties : une partie fixe faible (SMIC en principe) et une partie proportionnelle au prorata des ordres et des commandes qu'il a enregistré. Ce prorata sera pris en compte à la fin du contrat pour calculer l'indemnité de clientèle.

Le VRP est soumis à une double obligation de non-concurrence :

- Pendant le contrat : Il lui est interdit d'accepter une nouvelle représentation sans l'autorisation du premier.
- A l'expiration du contrat : elle doit être proportionnelle et assortie d'une contrepartie financière.

Le VRP a droit lorsque le contrat prend fin (art L751-9) à une indemnité de clientèle du fait que son activité (développement et fidélisation d'une clientèle) augmente indéniablement la valeur du fonds de commerce de l'employeur. L'indemnité est équivalente à deux ans de commissions (rémunération proportionnelle).

Le VRP n'aura pas droit à l'indemnité s'il disposait d'un fixe très élevé (indemnité basée sur les commissions) ou s'il a commis une faute grave. L'indemnité de clientèle ne se cumule pas avec l'indemnité de licenciement : le salarié devra opter en cas de rupture.

Il a également droit à la rupture à une indemnité de retour sur échantillonnage : c'est le cas lorsque les produits vendus par le VRP sont commandés et livrés après la rupture alors que c'est le VRP qui a obtenu la commande. Pendant les mois qui suivent la rupture, les commissions sur les commandes émanant du secteur seront affectées au VRP qui a cessé son activité même si un autre VRP a pris sa place.

Les VRP sont les collaborateurs les plus proches des salariés par leur régime et leur statut.

II. Les agents commerciaux.

Le statut des agents commerciaux s'éloigne du droit du travail : articles L134-1 et s. du code de commerce (loi 25 juin 1991).

Ce sont des mandataires qui n'ont pas la qualité de commerçant, leur activité étant civile : ils ont la charge de représenter leur mandant (le commerçant).

L'agent commercial est « un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, **de façon permanente**, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services ».

Les apports de la loi du 25 juin 1991 :

- Possibilité pour une personne morale d'être un agent commercial (art L134-1).
- Suppression de l'obligation d'immatriculation dans un registre spécial.
- Ajout de l'article L134-5 précisant le caractère raisonnable de la rémunération.
- Art L134-8 : partage équitable entre les agents successifs.

- La commission doit être fixée contractuellement. Mise en place (Art L134-5) d'un véritable droit de suite (dénote le lien étroit entre le clientèle et l'agent) sur la clientèle qui se prolonge pendant un certain temps à la fin du contrat d'agent.
- Indemnité compensatrice à la rupture (deux ans de commissions) sauf si l'agent a commis une faute lourde ou s'il a cédé ses droits à un tiers avec l'accord de l'entreprise commerciale (l'indemnité sera versée au tiers).

La cessation du contrat (art L134-11) :

Si CDD et qu'à l'échéance le contrat se poursuit : transformation en CDI.

La rupture du contrat d'agent nécessite le respect d'un préavis qui varie selon la longueur de la relation contractuelle.

Dans tous les cas l'article 1134-14 règlemente les clauses de non concurrence qui sont de par la loi limitées dans le temps (2ans), dans l'espace et limitées aux activités antérieures de l'agent.

Partie II : les biens de l'entreprise commerciale.

Deux approches vont être menées :

- Description de façon isolée les uns après les autres.
- Synthèse de ces biens : étude en tant que biens regroupés autour d'un but unique : la description de la notion de fonds de commerce.

Titre I : L'étude analytique.

Chapitre I : Les locaux.

Section I : L'entrepreneur propriétaire.

Tout commerçant a nécessairement besoin d'un local pour exercer son activité. En général, le droit commun à vocation à s'appliquer au commerçant propriétaire d'un local, cependant quelques règles particulières trouvent à s'appliquer.

I. les règles de financement du local.

Ils peuvent opter pour une formule classique de crédit bancaire avec la prise d'une hypothèque (Art 2103 civ.).

La plupart du temps, les commerçants vont avoir recours au crédit-bail immobilier (loi du 2 juillet 1996 réformée en 1989) par le biais d'un établissement de leasing. C'est un crédit avec promesse de vente

L'établissement qui va acheter l'immeuble et le donner en location au commerçant en contrepartie de loyers : le commerçant va devenir peu à peu propriétaire du local.

Au terme du contrat, le commerçant dispose d'une option :

- Il achète le bien immobilier pour son prix résiduel.
- Il reste locataire ou quitte les locaux.

L'intérêt pour le commerçant : il est locataire et devient petit à petit propriétaire et les loyers sont pour partie déductibles.

L'établissement de crédit demeure propriétaire pendant toute la durée du prêt.

I. Les règles de copropriété.

Le statut de la copropriété est un statut d'ordre public, il s'applique dès lors que deux propriétaires au moins se répartissent la propriété d'un immeuble bâti. Le règlement de copropriété organise la vie en commun des copropriétaires et prévoit l'affectation des parties privatives et des parties communes.

La clause dite de destination bourgeoise : exclue la présence de locaux à usage commercial dans un immeuble d'habitation. La plupart du temps, la clause dite d'habitation bourgeoise n'a vocation qu'à s'appliquer uniquement dans les étages.

Ces clauses sont valables dans la mesure où elles ont pour finalité de déterminer la destination de l'immeuble. Il y a une exception qui a été prévue par une loi de 1984 : un commerçant, un artisan qui désire créer une entreprise peut s'établir dans son propre logement même si le règlement de copropriété l'interdit. Cette exception est valable 5 ans.

La clause de non concurrence interdit l'exercice de certaines activités commerciales. Elles sont en principe interdites (elles freinent la concurrence) sauf dans les centres commerciaux et les galeries marchandes : l'initiateur du centre commercial a pu prévoir qu'il ne vendrait pas des locaux à deux commerçants directement concurrents.

Section II : L'entrepreneur locataire.

Le régime du bail commercial est défini aux articles L145-1 et s. du code de commerce (codification du décret du 30 septembre 1953).

Le locataire commerçant dispose d'un droit de jouissance du local qui a été créé par le bail commercial qui s'est noué entre le propriétaire bailleur et le locataire preneur.

Il s'agit ici d'assurer au locataire commerçant une garantie de stabilité : les commerçants locataires ont droit à la fin de leur bail à un renouvellement du bail.

Le propriétaire doit renouveler le bail à son terme sauf s'il verse une indemnité d'éviction à son locataire (égale à la valeur du fonds de commerce). Également, le commerçant dispose d'un droit de cession sur le bail commercial.

C'est la raison pour laquelle on parle de « propriété commerciale » du locataire sur le local. Le régime du bail commercial est très critiqué mais aucune réforme n'est envisagée.

I. Le champ d'application de la propriété commerciale.

A. A certains locataires.

La propriété commerciale est réservée aux locataires commerçants ayant un ou plusieurs établissements inscrits au RCS (cotitularité du bail : les deux commerçants doivent être immatriculés).

Le commerçant radié ou non inscrit n'aura droit ni au renouvellement, ni à l'indemnité d'éviction et cela constitue par ailleurs un handicap majeur pour vendre un fonds de commerce.

La condition d'immatriculation s'apprécie au jour de la demande de renouvellement du bail. Toute inscription postérieure est privée d'effet.

Un GIE peut être titulaire d'un bail commercial (Art L251-4 com.).

Le statut est étendu aux artisans immatriculés au répertoire des métiers : reconnaissance d'un fonds artisanal à l'instar du fonds commercial.

Les sociétés coopératives peuvent être titulaires d'un bail commercial si elles ont une forme commerciale ou si elles ont une forme civile et un objet commercial.

Le statut des baux commerciaux est un statut d'ordre public qui s'applique nécessairement dès lors que l'on entre dans son champ d'application (Art L145-15 com.).

A contrario, s'agissant d'un statut protecteur des locataires, les parties (n'étant pas soumises au statut) peuvent par des dispositions expresses soumettre leur contrat au statut des baux commerciaux.

Donner un immeuble à bail commercial est un acte grave qui affecte la disposition du bien : lorsque le bailleur est marié, le code civil impose le consentement des deux époux pour conclure le bail commercial (art 1425). A défaut de ce double consentement, le bail commercial pourrait être annulé par le conjoint qui n'a pas donné son consentement (deux ans à partir de la connaissance de l'acte). En cas de divorce entraînant la dissolution de la communauté, l'époux non sollicité pourra demander la nullité pendant deux ans après la dissolution.

Si le propriétaire est un incapable, son représentant peut agir en son nom mais le droit au renouvellement ne pourra en aucun cas être opposé au bailleur devenu majeur.

B. A certains locaux.

Le bail doit concerner **un immeuble** [immeubles bâtis, terrain nu pour construction de locaux commerciaux (avec accord du propriétaire), terrain nu accessoire du local (parking de supermarché)] **ou un local dont la destination est l'exploitation d'une activité commerciale ou artisanale.**

La jurisprudence a précisé ce qu'il faut entendre par local : bâtiment ou une partie de bâtiment qui permet une exploitation commerciale.

Les locataires de surfaces commerciales (centres commerciaux) ne peuvent pas bénéficier du statut du bail commercial du fait que les emplacements varient au gré du bailleur (la permanence du lieu est le fondement du bail commercial).

Sont également exclus de la définition, les constructions mobiles, les vitrines, les panneaux publicitaires. La définition permet d'englober les immeubles de bureaux, les usines à savoir des lieux où la clientèle n'est pas nécessairement reçue.

Un fonds est exploité (exploitation réelle pendant au moins les trois années qui ont précédé la demande de renouvellement, art L145-8) dans l'immeuble ou le local : le statut est refusé aux sociétés commerciales qui ont une nature civile.

Problème des franchisés : traditionnellement, la clientèle appartient au franchiseur donc les bailleurs refusent de renouveler ou de payer l'indemnité d'éviction. La Cour de cassation avec frilosité a reconnu que le franchisé pouvait être titulaire d'une clientèle propre.

Problème si le local est exploité en location-gérance : c'est au propriétaire du fonds de demander le renouvellement.

Les locaux accessoires : tous les locaux lorsqu'ils auront la qualité de locaux accessoires pourront prétendre à bénéficier du statut. Le local accessoire doit appartenir au propriétaire du local principal (Art L145-1 1°). Toutefois, la jurisprudence admet que le local ait un propriétaire différent à la condition que le propriétaire du local accessoire ait été informé de l'utilisation jointe de ses locaux. Il appartient au locataire de prouver qu'il a informé le

propriétaire et qu'il a obtenu son consentement. Cette preuve se fait par tous moyens, à défaut d'être rapportée les locaux accessoires ne bénéficieront pas du statut.

La privation des locaux accessoires doit être de nature à compromettre l'exploitation du fonds (jurisprudence).

Les conditions sont cumulatives pour que le local accessoire puisse bénéficier du statut. La jurisprudence a retenu que la maison témoin sur un terrain nu a le statut de local accessoire en vertu de la seconde condition.

C. A certains contrats.

C'est nécessairement un contrat de louage qui doit remplir un certain nombre de conditions et notamment le statut ne s'applique pas aux conventions de trop courte ou de trop longue durée.

Durée trop courte :

- **Les baux de moins de deux ans** (Art L145-5). Ces baux ne sont pas renouvelables. Toutefois, si le preneur, à l'échéance du bail, reste dans les lieux, le bail est automatiquement renouvelé pour une durée de neuf ans et est soumis au statut du bail commercial. Les propriétaires avaient mis en place une méthode qui consistait pour un propriétaire de plusieurs locaux commerciaux à conclure des baux de 23 mois et les locataires tournaient tous les 23 mois. La cour de cassation a décidé que le locataire peut valablement, lorsque le bail a expiré, volontairement se mettre hors statut mais encore faut-il que la renonciation du locataire s'effectue une fois l'échéance atteinte (après l'expiration d'un bail de deux ans). La clause le prévoyant dans le premier bail est prohibée : la renonciation est nulle. La renonciation anticipée ne produit pas d'effet y compris celle faite le jour de l'expiration du bail : nécessairement après.
- **Les locations saisonnières** (Art L145-5) : locations de quelques mois et ces locations échappent au statut même si elles sont renouvelées chaque année au profit du même locataire. Il suffit que dans l'intermède, le propriétaire ait retrouvé l'usage de ses locaux. En revanche, si le locataire n'a qu'une exploitation saisonnière mais qu'il laisse en place son matériel et qu'il continue de payer le loyer pendant l'intermède : le locataire a une activité saisonnière mais il occupe durablement le local, le statut est donc applicable et il a droit au renouvellement.
- **Les conventions d'occupation précaires** (jurisprudence) : elles se distinguent d'un bail par le fait qu'elle est assortie d'une précarité objective à savoir d'une courte durée qui est liée à une circonstance particulière comme par exemple une mesure d'expropriation qui a déjà été prise ou un arrêté de démolition qui a déjà été pris. Ces conventions ne peuvent pas donner lieu au renouvellement, il faut que le caractère précaire de l'occupation soit expressément indiqué dans la convention. La jurisprudence une volonté d'expansion de cette catégorie : la jurisprudence a retenu des précarités qui pourraient qualifiées de subjectives : le propriétaire avait toujours eu l'intention de reprendre l'immeuble afin un jour de l'exploiter lui-même. Civ 3^{ème} 16 février 2000 : admet le caractère précaire d'une convention passée entre une commune et un commerçant pour une durée de cinq ans en tenant compte de la modicité du loyer et de l'existence d'un projet de construction d'une ZAC. Pas droit au renouvellement : pas d'indemnité.

Durée trop longue :

- **Le bail emphytéotique** (Art L145-3). Le bail E est un bail d'une durée minimale de 18 ans et maximale de 99ans. L'exclusion du droit au renouvellement se justifie par la longueur du bail et il ne s'agit pas d'un bail au sens strict (prérogatives de droit réel du

locataire : ils peuvent construire mais surtout ils assument les charges des grosses réparations et des possibles transformations ou améliorations du local et ils ont des loyers de très faibles ampleur).

- **Le bail à construction** (Art L145-3) : prise en compte de la durée et du fait que le locataire jouisse de droits réels, il peut notamment édifier des constructions qui reviendront à l'échéance au propriétaire.
- **Les concessions immobilières** : (très peu utilisé) contrat d'une durée minimale de 20 ans qui confère au locataire des droits très larges au niveau de l'aménagement et de l'exploitation. Ces conventions ne permettaient pas le versement de pas de porte. Pratique tombée aux oubliettes.

II. Le régime de la propriété commerciale.

A. Les droits du locataire.

On ne voit ici que les spécificités du bail commercial. Le droit commun concernant le locataire reste applicable.

1. Droit de jouissance.

a. Le droit commun.

Article 1719 du code civil : jouissance paisible.

b. La déspécialisation.

Le bailleur a la possibilité de déterminer dans le contrat les contours de ce droit de jouissance paisible en recourant à la clause de destination des lieux qui indique la répartition des charges, précise des limites à l'utilisation de l'immeuble ou du local (enseigne, heures d'ouvertures). Le locataire doit être attentif à la clause de destination. Cette clause précise les limites de son exploitation.

En revanche, le locataire en cours d'exercice a la possibilité de changer la nature de son commerce, de faire évoluer son commerce de façon plus ou moins radicale : question de la déspécialisation.

La déspécialisation peut prendre deux formes (Art L145-47 et suivants): partielle ou plénière. C'est la reconnaissance du droit du locataire de changer la destination des locaux. La clause de destination perd nécessairement de son caractère impératif, elle n'est plus qu'indicative.

i. La déspécialisation partielle.

Article L145-47 et -55 : il s'agit pour le commerçant d'adjoindre à sa propre activité des activités connexes ou complémentaires. C'est un droit du locataire mais il est cependant tenu d'informer le bailleur selon les modalités requises. Le bailleur ne peut s'opposer à la déspécialisation simple ou partielle (clause dans le bail nulle).

Les conditions de fond : Article L145-47 alinéa 1^{er}.

Il doit s'agir d'une activité connexe ou complémentaire mais le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre exactement. La jurisprudence distingue les deux notions qui doivent toujours être appréciées en fonction de l'activité initiale prévue dans le contrat de bail.

CA Paris 27 mars 1990 : « sont connexes à une activité initiale celles qui ont un rapport étroit avec elle. Sont complémentaires les activités qui sont nécessaires à un meilleur exercice de l'activité principale ». Ainsi, le lien de connexité suppose une similitude, un rapprochement,

une dépendance alors que le lien de complémentarité englobe des activités nouvelles, accessoires, susceptibles de favoriser le développement de l'activité sans en modifier la nature profonde.

L'appréciation du caractère de l'activité relève des juges du fond, la Cour de cassation précise qu'il importe peu que l'activité connexe ou complémentaire soit prépondérante par rapport à l'activité initiale.

Les conditions de forme : Article L145-47 alinéa 2.

La notification doit être adressée par acte extrajudiciaire (huissier ; recommandé AR non valable) au bailleur avec une mention de l'activité envisagée. Le bailleur doit répondre dans un délai de deux mois sachant qu'il ne peut s'opposer à la déspecialisation partielle sauf s'il conteste le caractère connexe de l'activité. Aucune forme n'est requise pour la réponse. Sans réponse du bailleur, il est censé avoir accepté et ne pourra plus contester la déspecialisation (même solution s'il refuse sans motivation).

Si le preneur passe outre : possibilité de résiliation du bail au tort du locataire qui sera appréciée souverainement par le TGI (va tenir compte de l'évolution des usages commerciaux et de l'évolution technologique).

Si le preneur n'observe pas les formes prescrites par la procédure, il s'expose également à la résiliation du bail aux torts du preneur. Le bailleur peut attendre l'échéance du bail et se prévaloir de son comportement pour refuser de renouveler.

Effets de la déspecialisation partielle :

Les effets entre les parties :

Cela aura un effet sur le montant du loyer du fait de l'adjonction d'une activité mais la modification ne pourra avoir lieu que lors de la première réalisation triennale qui suit la déspecialisation (article L145-47 alinéa 3).

En revanche, le bailleur n'a aucun droit à indemnité pour l'adjonction d'une activité connexe ou complémentaire.

Les effets à l'égard des tiers : ils ne peuvent s'y opposer car la déspecialisation partielle est d'ordre public.

ii. La déspecialisation plénière.

Articles L145-48 à -50.

Les conditions de fond : Article L145-47 alinéa 1.

La déspecialisation totale permet au locataire d'adjoindre à l'activité initiale une ou plusieurs activités supplémentaires sans qu'elles possèdent des caractères de connexité ou de complémentarité.

L'atteinte radicale à la destination initiale des lieux est limitée par l'alinéa 2 de l'article. Cela concerne les centres commerciaux et les galeries marchandes : l'ensemble constituant une unité commerciale, le locataire ne peut se prévaloir d'une déspecialisation totale pendant les neuf années de son bail. Cette disposition a été mise en place pour protéger les locataires des centres commerciaux d'une concurrence organisée et sauvage.

Pour que la déspecialisation totale soit retenue, le changement d'activité doit être justifié eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution. Les critères cumulatifs qui seront appréciés par le tribunal : critère économique et le critère de rationalité dans l'organisation de la distribution. Les tribunaux admettent la déspecialisation totale lorsque le locataire commerçant présente des résultats peu rentables ou une activité déficitaire.

Les conditions de compatibilité (Art L145-48 alinéa 1^{er}) : même si la conjoncture économique et l'organisation rationnelle de la distribution justifient l'activité envisagée, la déspecialisation

totale peut être refusée par les tribunaux si incompatible avec la clause de destination bourgeoise qui figurait dans le bail initial.

Les conditions de forme : Article L145-49.

La demande doit émaner du locataire par un acte extrajudiciaire. La demande préalable doit mentionner, sous peine de nullité, l'activité envisagée. L'acte extrajudiciaire fait courir un délai de réponse pour le bailleur de trois mois. S'il ne répond pas, il est supposé avoir accepté. S'il refuse, il doit motiver son refus. Le contentieux sera porté devant le TGI qui peut soit autoriser la transformation totale soit opter pour une transformation partielle. Lorsque le contentieux porte sur le montant du loyer, le litige est porté devant le juge des loyers.

2. Droit de cession : bail et fonds de commerce.

L'article L145-16 dispose que « sont également nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail... à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise ». La cession du bail qui accompagnerait la cession du fonds de commerce est d'ordre public.

Si une clause vient encadrer (nullité des clauses de prohibition de cession) la cession, elle ne peut que concerner une cession de bail seul.

Une clause d'agrément pourra être insérée : la cession pourra se faire du moment que le cédant reste garant solidaire des loyers avec le cessionnaire :

- Durée de la garantie : la durée d'engagement est la durée de la période de bail initiale à l'exclusion des périodes de reconduction (critère prétorien).
- Le domaine d'application : le loyer uniquement.

La cession d'un bail doit dans tous les cas respecter le formalisme imposé par l'article 1690 du code civil.

Les effets de la cession :

Lorsque la cession ne respecte pas le formalisme ou qu'elle viole la clause d'agrément, le cessionnaire sera un occupant sans droits ni titres (pas de droit au renouvellement et susceptible d'expulsion). Le bailleur peut demander la résiliation judiciaire du bail sur la base de l'article 1184 du code civil qui sera accordée dès lors que le projet de cession n'aura pas été transmis au bailleur.

Une résiliation plus radicale peut être obtenue par le bailleur qui va invoquer une clause résolutoire de plein droit. Pour la mettre en œuvre, le bailleur doit, au titre de l'article L145-41 adresser un commandement préalable au locataire.

Dans tous les cas, la cession d'un bail commercial sera menée par un tiers (notaire, avocat ou agent immobilier) ; la responsabilité de rédacteur de l'acte pourra être engagée en cas d'irrégularité sur le fondement du manquement à son obligation d'information.

Lorsque la cession est régulièrement réalisée :

Les conséquences entre le cédant et le cessionnaire :

La cession emporte le désaisissement du cédant au profit du cessionnaire, ce dernier devenant titulaire de tous les droits nés du bail. La plupart du temps, le cédant est tenu de garantir le paiement des loyers (cession de bail isolé).

Le cédant est tenu d'une garantie d'éviction envers le cessionnaire : il doit informer le cessionnaire du vécu du bail. Si un litige, né entre le cédant et le propriétaire, aboutit alors que le cessionnaire est installé et que cela lui cause un dommage, il pourra agir contre le cédant sur le fondement de la garantie d'éviction car il ne l'avait pas informé.

Les conséquences entre le cessionnaire et le propriétaire :

Le bail initial subsiste, il y a juste changement quant à la personne du preneur. Le cessionnaire peut se prévaloir de tous les droits nés du bail y compris du droit de déspecialisation et du droit au renouvellement. Il a également les mêmes obligations que le preneur précédant.

Les conséquences entre le cédant et le bailleur :

Si le cédant est garant des loyers (loyers pas les charges ni l'indemnité d'occupation).

3. Droit de renouvellement.

Articles L145-8 et s. du code de commerce.

a. Les conditions du droit au renouvellement.

3 conditions :

L'article L145-8 dispose que **le droit au renouvellement ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds** ce qui ne pose en principe pas de problème étant donné que le propriétaire du fonds et le locataire sont souvent la même personne.

Deux cas peuvent cependant poser des difficultés :

- Le fonds est exploité en location-gérance. C'est alors au propriétaire du fonds de se prévaloir de ce droit au renouvellement et non au gérant ; il doit demander le renouvellement bien que ce ne soit pas lui qui exploite directement le fonds.
- Le locataire a sous-loué les locaux. Si la sous-location est totale, le locataire initial perd le droit au renouvellement au bénéfice du sous-locataire s'il s'agit d'une sous-location agréée par le bailleur. Si la sous-location est partielle, le locataire principal conserve le droit au renouvellement pour la partie qu'il occupe. Si les locaux sont divisibles, le sous-locataire peut également bénéficier d'un droit au renouvellement pour la partie qu'il occupe.

L'exploitation du fonds doit se faire de manière effective pendant les trois ans précédant la demande de renouvellement. Jusqu'en 1971, il fallait par ailleurs que l'exploitation soit personnelle (exclusion de la location-gérance). La Cour de cassation admet encore la validité d'une telle clause bien que l'obligation ait été supprimée en 1971.

La déspecialisation : Article L145-8 : le fonds transformé dans les conditions prévues par la loi doit avoir été exploité effectivement pendant les trois années précédant l'expiration du bail.

La Cour de cassation estime que dans le cas d'un fonds déspecialisé, le locataire conserve son droit au renouvellement à condition que la déspecialisation ait suivi la procédure légale ou que le non respect de la procédure ait été entériné par le bailleur.

Les motifs de refus de droit au renouvellement :

Art L145-17 : « Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité : »

- « S'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant ». Il peut s'agir de motifs liés à l'inexécution du bail, à la violation des obligations contractuelles. Dans tous les cas, le locataire doit être averti que le renouvellement sera refusé par une mise en demeure. Le non renouvellement ne sera acquis qu'un mois après que le bailleur ait mis en demeure son locataire.

La mise en demeure doit exiger du locataire qu'il se mette en conformité avec le bail et qu'il cesse ses manquements à ses obligations contractuelles.

La jurisprudence fait la distinction entre un comportement réversible (non paiement d'un loyer) et irréversible (non exploitation du fonds depuis un certain temps) du locataire.

La mise en demeure n'est pas obligatoire dans ce dernier cas. La jurisprudence reste cependant assez floue dans le domaine notamment quant à savoir si la mise en demeure est nécessaire concernant la cessation d'activité.

En conséquence et par précaution, il vaut mieux envoyer la mise en demeure dans tous les cas et respecter le délai d'un mois.

- Motifs tenant au local L145-17, 2° : local qui a été classé par l'autorité administrative insalubre ou dangereux. Si l'insalubrité n'a pas été constatée, le bailleur devra réserver un local dans l'immeuble reconstruit. Lorsque le bailleur veut reprendre les locaux d'habitation qui sont accessoires au local commercial (L145-22), il ne versera pas d'indemnité à condition que ce soit pour y habiter lui-même ou pour y faire habiter sa famille.

Les effets du renouvellement :

Le bail renouvelé est en principe identique au bail initial. Par exception, les parties peuvent modifier la durée du bail et s'entendre sur une durée supérieure à neuf ans.

Sur le montant du loyer, le bailleur ne peut pas opposer de nouvelles exigences sauf au moment du renouvellement avec des règles comparables avec celles de la révision.

Le bailleur peut, au renouvellement, procéder à un ajustement du loyer sur la valeur locative et sur l'indice de la construction publié par l'INSEE. L'indice pris en compte sera celui le plus proche de la date du renouvellement.

Le litige concernant le renouvellement :

La phase extrajudiciaire :

Avant l'échéance du bail, le bailleur ou le locataire va déclencher cette phase.

Le bailleur doit donner congé au locataire 6 mois avant le terme du bail par exploit d'huissier et ce congé doit être motivé. Le locataire, s'il souhaite contester le congé ou demander une indemnité, doit le faire dans les deux ans suivant la date de notification du congé (Art L145-9).

Le congé peut être donné pour un motif de reprise du local (donne lieu à une indemnité d'éviction pour le locataire) ou pour remettre en place un bail de neuf ans (si le bail est tacitement reconduit au terme des neuf ans, il devient à durée indéterminée) ou pour modifier le montant du loyer.

La phase judiciaire :

Elle nécessite de passer par une phase de conciliation (Art L145-35) devant la commission départementale de conciliation. La saisine de cette commission est obligatoire et celle-ci doit se prononcer dans les trois mois sous peine de désaisissement.

L'étape suivante (si concerne le montant du loyer) : fixation du montant par le président du TGI (souci de rapidité) ; si cela ne concerne pas le montant du loyer : TGI dans sa composition collégiale.

b. Les conditions du droit de l'indemnité d'éviction.

Art L145-14.

L'indemnité d'éviction doit être égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. Tant que le problème du montant de l'indemnité n'est pas fixé, le locataire dispose du droit de rester dans les lieux en tant qu'occupant sans titre. Le locataire, s'il reste, devra une indemnité d'occupation tant que le bailleur n'aura pas versé l'indemnité d'éviction ; il ne peut pas être expulsé.

L'indemnité comprend la valeur marchande du fonds apprécié entre 60 et 80% du CA annuel. D'autres frais vont également être indemnisés : les frais de raccord au réseau EDF, indemnités de licenciement que le locataire va devoir payer à ses salariés s'il n'avait pas connaissance du non-renouvellement.

Il est des cas où le montant de l'indemnité ne sera pas calculé en fonction de la valeur du fonds. Ce sera l'hypothèse dans laquelle le fonds est inexistant et dans ce cas, le renouvellement ne fait pas perdre au locataire une clientèle. Par ailleurs, lorsque l'activité est exploitée pour une clientèle captive, qui peut suivre le locataire dans son nouveau local, le bailleur va s'en prévaloir pour ne pas indemniser.

Lorsque l'indemnité est fixée, il faut envisager le cas où le bailleur ne va pas pouvoir ou vouloir verser une somme aussi conséquente. Dans ce cas, le bailleur peut renoncer à son refus de renouvellement par l'exercice de son droit de repentir pendant 15 jours après la décision. Ce droit ne peut être exercé que tant que le locataire n'a pas déménagé (art L145-58).

B. Les obligations du locataire.

Elles sont à apprécier à la lumière des obligations des locataires des baux d'habitation.

1. Le pas de porte.

C'est une particularité du bail commercial et existait avant que les règlements sur le bail commercial soient créés. Droit d'entrée payé par le locataire soit au précédent locataire soit au bailleur.

C'est une somme d'argent mais qui selon sa qualification sera ou non imposable et sera ou non prise en compte dans le renouvellement :

Selon certains, ce serait une indemnité qui aurait pour but de compenser les restrictions subies par le propriétaire sur son local en vertu du droit du locataire au renouvellement. Dans ce cas de figure, le pas de porte n'entre pas dans l'assiette de calcul de l'IR. En revanche, l'indemnité versée ne peut pas être prise en compte pour le calcul du nouveau loyer renouvelé ou révisé.

Selon d'autres auteurs, cette somme serait destinée à être un complément de loyer pour le bailleur qui vise à compenser les limitations légales de loyer (double plafonnement). Le pas de porte entre alors dans le domaine des revenus du propriétaire et rentrera donc dans la base de calcul de l'IR. Intégré au montant du loyer, il sera considéré lors du calcul du loyer renouvelé ou révisé.

La Cour de cassation a refusé de se prononcer, cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond sachant malgré tout que la Cour reconnaît la licéité de la pratique du pas de porte (uniquement pour le bail commercial). Face à ces incertitudes jurisprudentielles, on doit conseiller aux parties de qualifier le pas de porte dans le bail commercial. Egalement, les

locataires et propriétaires refusent de plus en plus le pas de porte en contrepartie d'une fixation plus élevée du loyer initial.

2. Les loyers.

C'est la contrepartie de la jouissance paisible des locaux. Le montant du loyer initial est libre, les fixations ultérieures du loyer seront toujours fortement encadrées par le législateur que ce soit une révision ou un renouvellement. Le bailleur peut ne pas tenir compte du loyer payé par l'ancien locataire ou des pratiques dans le voisinage.

Toutes les révisions ultérieures sont très encadrées : tous les trois ans, le propriétaire est autorisé à réviser le montant du loyer ; cette révision peut s'effectuer soit à défaut de dispositif contractuel (dispositif légal par défaut) soit les parties ont prévu des clauses de révision :

Le dispositif légal de révision triennale : il prend en compte la valeur locative du local et si les parties à l'époque de la révision ne sont pas d'accord pour appliquer le dispositif légal, la partie réticente doit saisir le président du TGI qui déterminera le montant du loyer révisé. La montant du loyer révisé (jurisprudence « Privilèges » Civ. 3^{ème} 24 novembre 1996 ; la Cour a admis que le montant puisse être dans certaines conditions inférieur au loyer initial ; le loyer révisé ne peut excéder la valeur locative 19 avril 2000 Civ. 3^{ème}) peut, dans certains cas, être inférieur au montant du loyer initial.

Sous la pression des lobbys commerçants, Le législateur est intervenu pour donner un coup d'arrêt à la jurisprudence : L145-38 issu de la loi du 11 décembre 2001 (loi Murceff), l'indice du coût de la construction est la référence essentielle de la révision du loyer. En effet, la variation du loyer est limitée par l'indice INSEE sauf à ce que la valeur locative est variée de plus de 10% à la hausse ou à la baisse par suite d'une modification des facteurs locaux de commercialité. La loi Murceff est une loi fourre-tout ; l'assemblée plénière de la Cour de cassation 23 janvier 2004 : la loi nouvelle n'est pas rétroactive mais d'application immédiate.

Les clauses de révision : cela peut être une clause d'indexation qui intervient selon le dispositif de droit commun avec un avantage de la révision conventionnelle qui peut intervenir selon des périodes choisies par les parties ce qui peut être beaucoup plus fréquent que la révision triennale. On peut avoir une clause de périodicité annuelle.

La clause de loyer-recette : ce sont des clauses qui fixent le loyer en fonction des recettes ou du chiffre d'affaires du locataire. Elles sont fréquemment stipulées dans les baux des centres commerciaux, le propriétaire peut tabler sur la synergie des centres commerciaux espérant que le locataire va réaliser un CA important. L'avantage pour le locataire est que ces clauses prévoient un loyer fixe initial bas. Le loyer varie avec l'évolution de l'activité. Ces clauses sont tout à fait licites et elles empêchent le mécanisme de la révision légale. Affaire du Théâtre St Georges le 10 mars 1993, la Cour de cassation sous le visa de l'article 1134 al 1, affirme que la fixation du loyer dans l'hypothèse d'un bail comportant une clause de loyer recette échappe au dispositions du décret de 53 et dès lors n'est régie que par la convention des parties.

3. Les charges.

Le bailleur et le locataire vont, à défaut de règles précises dans le décret de 53, lors de la conclusion du bail préciser quelles sont les charges qui pèsent sur l'un et sur l'autre. Les parties calquent en principe le dispositif sur celui en vigueur dans le bail d'habitation : les petites réparations, les charges relatives au service, à l'utilisation du local (chauffage), les dépenses d'entretien courant sont à la charge du locataire. En revanche, les grosses réparations et certaines taxes sont imputables au bailleur. Si le locataire assume des charges

normalement imputables au propriétaire, ce transfert de charge aura pour effet de diminuer la valeur locative.

Chapitre II : les moyens techniques.

C'est l'ensemble des moyens que l'entreprise commerciale va devoir mettre en œuvre pour produire ou vendre. Ces moyens peuvent revêtir deux qualifications : les biens corporels et les biens incorporels.

Section I : Les moyens techniques corporels.

On distingue entre le matériel (l'outillage) et les marchandises (stocks).

I. Le matériel.

A. La nature des biens.

Ce sont des meubles corporels qui servent au fonctionnement de l'entreprise et qui ont une certaine permanence dans l'entreprise ; il n'a pas vocation à circuler ou à être vendu : cela figure donc au titre des immobilisations dans le bilan.

Les immeubles par destination : le commerçant doit être propriétaire du bien et le désir d'affecter ce meuble à l'entreprise de façon durable.

B. Les garanties de financement.

Articles 524 et 525 civ. : le matériel va pouvoir être utilisé comme garantie de financement et donc pour obtenir des crédits supplémentaires. Le droit commun offre une possibilité posée à l'article 2102 du code civil qui est le privilège du vendeur impayé. Lorsque le vendeur vend du matériel à un commerçant, si le commerçant ne paie pas le créancier devient privilégié sur les créanciers chirographaires.

Le gage est une sûreté réelle conventionnelle qui accompagne les biens corporels. La mise en œuvre du gage implique nécessairement dépossession ce qui pose problème pour les commerçants (peu utilisé).

Le droit commercial a mis en place très tôt des garanties de financement adaptées au monde du commerce, il s'agit du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement.

1. Le nantissement de l'outillage et du matériel.

a. Conditions.

Loi du 18 janvier 1951, c'est un gage sans dépossession. Il peut porter sur certains éléments corporels du fonds de commerce : outillage et matériel et c'est un moyen qui incite les commerçants à s'équiper et qui est réglementé aux articles L525-1 et s. du code de commerce. Si le fonds de commerce comprend très peu d'outillage, le nantissement ne permet pas d'obtenir un crédit ; il faudra alors faire un nantissement du fonds dans son ensemble.

Des formalités doivent être respectées par le commerçant :

- Le nantissement doit être enregistré et déposé aux greffes du tribunal de commerce dans un souci d'information des tiers.
- Le matériel nanti doit être affublé d'une plaque scellée sur le matériel.

b. Effets.

Le nantissement régulièrement effectué produira des effets analogues au gage. Le créancier nanti est privilégié dans la mesure où il dispose d'un droit de préférence à l'égard des autres créanciers et surtout à l'égard des autres créanciers inscrits sur le fonds. Le nantissement est opposable à un créancier hypothécaire : c'est l'hypothèse dans laquelle le meuble est devenu immeuble par destination.

Le créancier nanti dispose d'un droit de suite, c'est-à-dire que s'il a pris la précaution de faire apposer la plaque, il pourra récupérer ce bien dans quelque patrimoine où il se trouve. Des

sanctions pénales sont prévues à l'encontre du commerçant qui vendrait un matériel nanti avant d'avoir remboursé le prix.

2. Le crédit-bail mobilier (pas trop vu !!).

Loi 2 janvier 1966 : l'entreprise commerçante n'achète pas le matériel, elle le loue par le biais d'un contrat de leasing ou de crédit-bail à un établissement financier qui les a acquis. Le commerçant est locataire et le paiement des loyers le fait s'acquitter de sa dette et pourra pour une somme résiduelle en devenir propriétaire.

3. La clause de réserve de propriété (pas trop vu !!).

Le commerçant n'est pas propriétaire du bien tant qu'il n'a pas acquitté la totalité du prix.

II. Les marchandises (le stock).

A. Nature.

L'approche est différente dans la mesure où ces biens ont été acquis dans le but de les revendre : ce sont des actifs circulants. Ils peuvent être soit revendus en l'état soit de biens revendus après transformation.

La distinction entre outillage et stock est liée à la finalité de ces biens, au rôle que ces biens vont jouer dans l'entreprise.

B. Financement.

Les marchandises peuvent être objet de nantissement et peuvent être vendues sous réserve de propriété.

Elles nécessitent un financement plus adapté du fait de leur caractère volatile. Les marchandises se doivent d'avoir un financement spécifique.

La clause de réserve de propriété.

Le privilège du vendeur de bien : art L141-5 et L141-15.

Au regard de la spécificité des marchandises, le droit commercial a privilégié une sorte de nantissement mais avec dépossession, les stocks sont alors déposés dans des magasins « généraux » ; cette technique est le warrant en matière commerciale et (le warrant agricole).

Magasin dans lesquels peuvent être stockés toutes sortes de marchandises et lorsqu'elles sont déposées, on remet un titre le « warrant » à celui qui les a déposées. Ce titre est négociable.

Le droit commercial a admis la possibilité de warrant à domicile (notamment pour les matières premières) : dans ce cas la loi dispense le débiteur de ce déposséder et en contrepartie la loi organise une publicité tatillonne à l'égard des tiers.

C. L'utilisation des marchandises comme source de crédit (pas vu).

Section II : Les moyens techniques incorporels.

§I. Les brevets d'invention.

Le brevet est un élément patrimonial car il confère à son titulaire un monopole d'exploitation sur l'invention, toutefois ce monopole est par la loi limité à 20 ans. En conséquence, pendant cette durée, le droit reconnaît au titulaire d'un brevet un droit privatif de propriété opposable à

tous et étant propriétaire du brevet, le titulaire pourra le céder ou concéder des licences d'exploitation.

I. L'obtention du brevet.

Toutes les inventions ne sont pas brevetables, l'article L611-10 et s. du code de la propriété intellectuelle écarte certaines découvertes qui ne peuvent pas être brevetables : théories scientifiques, méthodes mathématiques, les créations artistiques (protégeables par la loi sur les dessins ou modèles et par les droits d'auteurs), les logiciels (loi du 3 juillet 1985 qui a prévu une protection spécifique pour les logiciels), les obtentions végétales (OGM), les obtentions d'animaux, le génome humain.

Encore faut-il que l'invention remplisse certaines conditions cumulatives :

- Elle ne doit pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.
- L'invention doit être susceptible d'applications industrielles.
- Elle doit être nouvelle, point sur lequel le droit français est très attentif. Cette exigence de nouveauté est absolue.
- L'invention pour être brevetée doit résulter d'une activité inventive, elle ne doit pas découler de l'avancée de la technique.

L'inventeur va alors déposer une demande de brevet à l'INPI et devra décrire son invention de manière suffisante. L'INPI va rapidement contrôler la demande de brevet et notamment la nouveauté et va ensuite délivrer un titre valable pendant 20 ans et qui nécessite, pour que le monopole soit conservé, le paiement de redevances annuelles par le déposant.

Le brevet est limité dans l'espace : le montant des redevances dépend du fait que le brevet soit national, européen (office des brevets européens à Munich) ou international.

I. Les effets de l'obtention.

Protection de l'invention pendant 20 ans contre paiement d'une redevance. Le défaut de paiement va entraîner la déchéance du titre et la perte de la protection.

Le premier déposant est celui qui bénéficiera de la protection.

La seule difficulté concerne les inventions de salarié (L611-7 code de la prop.) si le salarié avait pour tâche de chercher, le fait qu'il ait trouvé justifie qu'il ait fait une invention de mission qui appartient alors à l'employeur. Lorsqu'il s'agit d'invention hors mission, elles appartiennent au salarié.

Le premier déposant titulaire du brevet a l'obligation d'exploiter son invention, il doit avoir commencé à exploiter dans les trois ans du dépôt. L'Etat peut lui imposer de conclure une licence forcée à un tiers.

Lorsque le titulaire exploite son invention : il peut l'exploiter lui-même ; il peut vendre son titre ou l'apporter dans une société ; Il peut également conclure des licences d'exploitation sur son brevet qui peuvent être exclusive ou non-exclusive.

Tous les contrats qui portent sur les brevets et les marques doivent à peine de nullité être constatés par écrit (contrat solennel). Les contrats doivent être publiés dans un registre de l'INPI sinon le brevet sera inopposable aux tiers.

Lorsque l'inventeur est titulaire d'un brevet, il est protégé contre les atteintes à ce droit qui se font par le biais de la contrefaçon de brevet (des tiers non autorisés exploitent l'invention). La contrefaçon engage la responsabilité civile délictuelle du contrefacteur.

Le titulaire du brevet et le licencié exclusif peuvent mettre en demeure de cesser l'exploitation, la commercialisation mais le préjudice est lourd parce que l'affaire au fond ne sera jugée qu'au bout de deux ou trois ans. Il y a donc une procédure qui permet d'obtenir la cessation d'activité du contrefacteur dans le laps de temps qui s'écoule avant le jugement au fond. Le contentieux en matière de brevet est un contentieux très difficile et seulement une dizaine de tribunaux en France en première instance sont compétents pour connaître de ces litiges.

Une autre technique permet de protéger l'invention : le secret !!! (Problème : exploitation de l'invention !!). L'intérêt du brevet est de permettre une divulgation sous contrôle ce qui permet à l'invention d'être source de profit pour l'inventeur.

§II. La protection des dessins et modèles.

La protection des dessins et modèles articles L511-1 et s. du code de la PI (ordonnance 25 juillet 2001) permet aujourd'hui la protection des formes nouvelles, des dessins, des impressions sur les tissus, des carrosseries, des formes de bouteille, du design en général.

La protection se fait pour une période de 5 ans qui peut être prorogée à quatre reprises. Le droit d'auteur protège pendant 70 ans après le décès de l'auteur (pour des romans). La protection des dessins et modèles ne concerne que les nouveautés (Art 511-3).

Un dépôt à l'INPI le créateur dispose à partir de la date du dépôt d'un monopole d'exploitation. Il peut commercialiser lui-même, apporter en société, vendre, louer.

Les dessins et modèles ouvrent droit à un contentieux en contrefaçon.

§III. Les marques.

La marque est le signe qui permet de distinguer un produit ou un service de ceux de la concurrence. La réglementation de la marque : loi de 1964 largement modifiée en 1991.

Toutes les marques ne peuvent pas être déposées et donc faire l'objet d'une protection. La marque doit être : licite, originale et disponible.

La licéité de la marque : notre droit ne reconnaît pas les marques déceptives : ce sont des marques qui sont illicites parce qu'elles déçoivent le consommateur en étant de nature à tromper la clientèle.

La marque doit être originale : l'originalité signifie qu'elle doit être suffisamment précise et différente des marques déjà déposées pour avoir ce caractère d'originalité.

La marque disponible : une marque ne peut être déposée que lorsqu'il n'y a pas d'antériorité ; la personne qui va déposer la marque va auprès de l'INPI se livrer à une recherche d'antériorité (savoir si la marque existe). Le dépôt ne peut être fait que pour certaines catégories de produits : on peut déposer un produit pour une seule classe ou pour toutes les classes de produits.

Lorsque la marque peut être déposée, le dépôt du signe se fait à l'INPI et enregistrement aux greffes du TC. La marque est protégée pour 10 ans renouvelable indéfiniment à condition que les redevances soient acquittées par le titulaire de la marque. La marque confère à son titulaire un droit d'utilisation et le droit d'être protégé contre toute usurpation et comme pour le brevet, le déposant est tenu d'une obligation d'exploitation sinon il s'expose à être déchu de ses droits.

§IV. L'enseigne.

C'est l'élément qui distingue le commerce, le lieu d'exploitation.

L'enseigne est objet de propriété incorporelle et en tant que telle l'enseigne est protégée par l'action en concurrence déloyale de l'article 1382.

L'enseigne est cessible soit avec le fonds soit séparément.

L'enseigne qui individualise l'établissement doit être distinguée du nom commercial qui est attaché à l'entreprise commerciale.

Titre II : Etude synthétique.

Chapitre I : le statut du fonds de commerce.

Section I : Les éléments du fonds de commerce.

§I. Les biens compris dans le fonds de commerce.

I. L'énumération légale.

Le fonds de commerce est un bien unique qui rassemble des biens au service d'un même but. Énumération légale aux articles L141-5 et L142-2 : enseigne, le nom commercial, le droit au bail + éléments incorporels (la clientèle), éléments corporels (marchandises, outillage)...

Le fonds de commerce comprend à la fois des biens corporels et incorporels mais cette liste ne vise que des biens mobiliers. Les immeubles sont exclus du fonds de commerce.

La liste des articles précités : depuis une cinquantaine d'années, la liste n'est plus exhaustive. Des éléments nouveaux sont apparus comme étant des biens corporels qui se doivent de figurer dans le fonds de commerce. Ex : les licences nécessaires pour exploiter (taxis, débitants de boisson, pharmacie, tabac). D'autres éléments comme par exemple les créances de non concurrence (pour le preneur d'un bail commercial). D'autres créances entrent dans le fonds de commerce : assurance...

II. Un élément original : la clientèle.

La clientèle est l'élément déterminant du fonds de commerce. Le fonds serait donc un ensemble de moyens utilisés pour attirer et fidéliser la clientèle.

L'art L141-5 distingue entre clientèle et achalandage. La doctrine a essayé de préciser le contenu de cette distinction :

Le terme de clientèle désigne les personnes qui s'approvisionnent habituellement chez le commerçant et les clients sont attachés à ce fonds en raison de la compétence, du savoir faire du commerçant.

L'achalandage serait une clientèle de passage, une clientèle attirée par la proximité, par la commodité d'accès du fonds de commerce.

La notion ne serait pas liée au commerçant mais à la situation du commerce. L'achalandage pourrait préexister au fonds exploité alors que la clientèle ne peut se constituer qu'au fil du temps à partir du moment où le commerçant exerce son activité, son savoir-faire.

Cette thèse a été condamnée par la jurisprudence car mal aisée à mettre en œuvre. Depuis 1975, on ne distingue plus.

La clientèle d'un fonds de commerce est composée de l'ensemble des personnes qui entrent en relation avec l'entreprise commerciale.

La clientèle est l'élément essentiel et nécessaire du fonds de commerce : le fonds ne peut exister sans clientèle. Une clientèle suffit-elle à déterminer un fonds de commerce ? La clientèle doit être attachée à un emplacement, un local pourvu d'un bail commercial est nécessaire et il faut que la clientèle puisse se rallier à un signe distinctif (enseigne, marque, nom commercial...).

La clientèle est une résultante : c'est le résultat de la fixation de clients à un point de distribution, à une enseigne.

Les caractères de la clientèle :

Pour qu'il y ait clientèle, deux conditions cumulatives :

- La clientèle doit avoir une réalité.
- La clientèle doit être personnelle à l'exploitant.

Une clientèle réelle et certaine : arrêts de 1973.

A contrario, une clientèle virtuelle, potentielle, ne peut pas être prise en considération pour retenir l'existence d'un fonds de commerce. La naissance, l'apparition d'un fonds ne peut être antérieure à l'existence d'une clientèle.

Le fonds n'apparaît qu'avec le premier client.

La Cour de cassation estime que pour des commerces, pour des exploitations qui jouissent d'une renommée nationale voire internationale, il existe une clientèle qui peut être antérieure à la création du fonds. Ces établissements ont dès l'origine une clientèle réelle et certaine. C'est très important car ça joue sur le droit au renouvellement.

Les compagnies pétrolières concluent des contrats avec des distributeurs : la clientèle n'est pas attachée au distributeur, elle est attachée à l'enseigne. La clientèle préexiste et appartient au pétrolier. Le distributeur n'exploite pas un fonds de commerce et n'a donc pas droit au renouvellement.

La disparition de la clientèle entraîne la disparition du fonds, elle induit la cessation d'activité. Une fermeture provisoire n'est pas retenue comme faisant disparaître la clientèle.

Le caractère personnel de la clientèle :

Cette exigence a été posée pour la 1^{ère} fois : 23 mars 1981 chambre commerciale. Cette exigence pose problème lorsque l'exploitation se fait en état de dépendance qui prend deux formes :

- Dépendance commerciale : c'est le cas lorsqu'un commerce est exploité dans le cadre d'une autre entreprise, d'un autre commerce. Par ex, les points de distribution de parfumerie ; l'exploitation d'un buvette dans un hippodrome.
Disposent-ils d'une clientèle personnelle ? Ass. Plénière : dans ce cas de figure la clientèle n'est pas personnelle, l'activité se trouvait sous la dépendance de la société des courses notamment pour les heures d'ouvertures et les jours. La clientèle était uniquement celle de l'hippodrome. La détermination d'une clientèle personnelle ou non est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour (donc jurisprudence très variée). Il faudra se demander si le commerçant a développé une clientèle qui lui est propre en faisant des efforts commerciaux, il aura une clientèle personnelle et donc droit au renouvellement.
- Dépendance juridique : Cette question s'est développée avec l'émergence du système de distribution intégré (franchise, distribution sélective et exclusive, les modes de distribution par concession). Dans un premier temps, la CA de Paris (6 février 1996 ; « avis ») a estimé qu'un franchisé du réseau avis n'était pas propriétaire du fonds de commerce faute de prouver qu'il existait une clientèle liée à son activité personnelle.
4 octobre 2000, deux arrêts de la CA de Paris reviennent : dans la mesure où le franchisé exploite son entreprise à ses risques et périls il est propriétaire du fonds de

commerce et de la clientèle qui lui est attachée. Cette clientèle est alors autonome à celle du franchiseur.

L'évolution s'est poursuivie (27 mars 2002 ; cass.) : si une clientèle au plan national est attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce et l'élément incorporel que représente le bail commercial, la clientèle locale lui est personnelle.

§II. Les biens exclus du fonds de commerce.

Les créances et comptes en espèces.

Com 21 juin 1950 : les créances possédées par un commerçant même pour cause commerciale ne deviennent pas nécessairement un élément du fonds de commerce.

Le principe est très handicapant pour le commerçant et peut constituer un frein à l'activité commerciale. Il connaît cependant des aménagements : certains textes prévoient le transfert des créances et des dettes dans la cession du fonds de commerce. Art L122-12 al 2 trav. En cas de cession d'une entreprise, les contrats de travail sont transférés au repreneur. Par ailleurs, la grande loi sur les assurances de juillet 1930 : il est prévu à l'art L121-10 du code des assurances que les contrats d'assurance propres à l'activité commerciale sont transmis à l'acquéreur en cas d'aliénation du fonds.

Egalement, le CGI admet la cession de certaines dettes fiscales.

L'aménagement peut également être le fait des parties : elles peuvent aménager la cession des créances. Pour les dettes, cela est beaucoup plus difficile (accomplissement de formalités et accord des deux parties).

Les immeubles.

Exclusion historique : la propriété immobilière avait une connotation familiale très lourde.

L'exclusion concerne les immeubles par nature et par destination.

Lorsqu'il y a dissociation entre le titulaire du fonds et le propriétaire : en cas de cession, difficulté si l'acquéreur entend acquérir l'immeuble.

Section II : La nature juridique du fonds de commerce.

Le fonds de commerce composé d'éléments disparates : universalité de fait. Le fonds est une masse de biens affectés à un commerce, le fonds n'a pas de personnalité juridique, il n'a pas de patrimoine autonome.

Une personne physique ne peut pas séparer son patrimoine et affecter une partie à son activité de commerçant.

Le fonds de commerce n'a pas d'actif propre ni de passif propre. Certains auteurs voulaient reconnaître une entité de droit et pas simplement une entité de fait. Ce mouvement doctrinal n'a pour le moment pas abouti.

Chapitre II : Les contrats portant sur le fonds de commerce.

Section I : La location-gérance du fonds de commerce.

Opération par laquelle un commerçant qui est obligé ou souhaite s'arrêter confie son exploitation à un tiers pour que celle-ci continue de lui apporter des revenus.

C'est une opération contractuelle (Art L144-1 et s. com.) : c'est un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant, qui devient alors commerçant alors que le propriétaire perd la qualité de commerçant puisqu'il n'exploite plus le fonds personnellement.

Trois cas de figure :

Un commerçant part à la retraite.

Un commerçant décède et ses héritiers ne sont pas majeurs.

Pour les jeunes qui n'ont pas les moyens de s'installer comme des commerçants.

§I. Les conditions de la location-gérance.

C'est un contrat particulier de location qui porte sur un meuble incorporel (fonds). Il faut le distinguer du bail commercial qui porte sur des locaux dans lesquels le fonds est exploité.

Loi 20 mars 1956 reprise dans un décret du 14 mars 1986. L'article L144-3 com. a été modifié par une ordonnance du 25 mars 2004.

I. Conditions de fond.

Conditions de droit commun.

Personne capable, cad un commerçant.

Le contrat porte sur un fonds : l'objet du contrat doit comporter une clientèle.

Contrat intuitu personae.

Le fonds doit avoir été exploité par celui qui le met en location-gérance pendant au moins deux années afin d'éviter les spéculations sur les fonds. La jurisprudence est très laxiste sur la condition. On admet que l'exploitation peut être faite par un gérant mandataire et de façon discontinue.

Le délai peut être réduit ou supprimé lorsque le commerçant est dans l'impossibilité d'exploiter lui-même son fonds (demande au pdt du TGI). Lorsque la location-gérance a pour objet de permettre l'exploitation d'un fonds sous contrat d'exclusivité avec notamment des sociétés pétrolières ou des brasseurs, pas de délai de deux ans exigé.

Les dérogations sont tellement nombreuses que cette condition n'est plus pertinente.

Lorsque les conditions de fond ne sont pas respectées, le contrat est entaché de nullité absolue. Le locataire gérant bénéficie d'un avantage procédural : c'est au loueur d'établir et de prouver qu'il a respecté les conditions exigées par la loi.

II. Conditions de forme.

Elles ne sont pas exigées à titre de validité : on peut admettre un contrat de location-gérance verbal.

Toutefois les exigences de forme : publicité pour que les tiers soient informées.

Il doit être inscrit au RCS et le contrat doit être publié dans un journal d'annonces légales qui a pour but d'informer les créanciers du locataire-gérant de la véritable identité du titulaire du fonds.

§II. Les effets de la location-gérance.

I. Les effets lors de l'exécution du contrat.

A. Les effets entre les parties au contrat.

C'est une forme de contrat de louage, à défaut de mention spécifique, les règles des articles 1714 et s. du code civil ont vocation à s'appliquer notamment celles relatives à la garantie que doit le propriétaire à son locataire (éviction, vices cachés).

Les obligations du propriétaire :

Il ne peut pas concurrencer son locataire gérant.

Le locataire doit exploiter en bon père de famille : il ne peut le transformer ; les hypothèses de déspecialisation sont quasiment exclues.

Le locataire doit restituer le fonds à la fin du contrat.

Il est tenu de payer un loyer qui évolue avec une clause d'indexation conventionnelle (sinon révision judiciaire).

B. Les effets entre le locataire-gérant du fonds et le propriétaire des murs.

C. Les effets à l'égard des tiers.

Le but de la loi sur la location-gérance.

Les créanciers sont avertis par la publication et la publicité. Dès la mise en location, les créanciers du loueur peuvent réclamer auprès du tribunal de commerce ce que l'on appelle la déchéance du terme de leur créance c'est-à-dire que les créances du créancier du loueur deviendront immédiatement exigibles.

Toutefois les créanciers doivent agir dans un délai de trois mois à compter de la publication du contrat de location gérance dans le journal d'annonces légales.

Les créanciers du locataire gérant vont eux aussi bénéficier de garanties (art L144-7) prévoit que le loueur du fonds et le locataire gérant sont responsables solidairement des dettes contractées par le locataire gérant à l'occasion de l'exploitation du fonds. Le loueur et le locataire sont responsables des dettes du locataire pour l'exploitation de son fonds pendant un délai de six mois après la publication du contrat dans un journal d'annonces légales.

1. Les créanciers du loueur.

2. Les créanciers du locataire-gérant.

II. Les effets à l'expiration du contrat.

Les dettes du locataire-gérant afférentes à l'exploitation du fonds de commerce deviennent exigibles (art L114-9 com.).

Le gérant doit restituer le fonds au propriétaire :

Si le gérant a amélioré le fonds, il n'a droit, en principe, à aucune indemnité. Par exception, (Art L145-46 com.), lorsque le propriétaire détient le fonds et les locaux dans lesquels sont

exploités le fonds, et que le bail portait sur les deux éléments, il devra indemniser le locataire des plus-values que le locataire-gérant a engendré sur le fonds ou sur l'immeuble.

Si le locataire a créé une nouvelle activité, il n'est pas tenu de la restituer. Si le locataire avait des salariés, le propriétaire doit les reprendre (les licenciements éventuels sont à la charge du propriétaire sauf si le locataire restitue un fonds qui n'est plus en état d'être exploité).

Les stocks : certains stocks ne peuvent pas être écoulés à la fin du contrat (distribution sélective ou exclusive).

En principe, le propriétaire du fonds de commerce n'est pas tenu de reprendre les stocks à défaut de stipulations contractuelles claires.

La fin du contrat de location-gérance doit faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales dans les 15 jours de la cessation du contrat. Le locataire-gérant doit se faire radier du RCS à des fins d'information des tiers et des créanciers.

Section II : Le nantissement du fonds de commerce.

§I. La constitution du nantissement.

I. Les modalités de constitution.

Le fonds de commerce peut servir d'instrument de crédit : le fonds est alors donné en gage (le gage sera sans dépossession par exception de la loi du 17/03/1909), en garantie de la créance. Cela va permettre au créancier nanti d'exercer son droit de suite et son droit de préférence. Une inscription au nantissement est nécessaire.

A. Le nantissement conventionnel.

Contrat passé entre un créancier (souvent une banque) et un débiteur. La loi (Art 142-3 et s.) exige que ce contrat soit rédigé par écrit mais n'impose pas un acte notarié, un acte sous seing privé suffit.

L'assiette du nantissement conventionnel :

Il peut exclure les marchandises et ne porter que sur les autres éléments du fonds (clientèle, droit au bail...).

Le nantissement doit faire l'objet d'une inscription au greffe du tribunal de commerce dans les 15 jours de la signature du nantissement. Art L142-5 : le rang des créances nanties dépend de la date d'inscription au greffe.

L'absence d'inscription rend le nantissement inopposable aux tiers.

B. Le nantissement judiciaire.

Il a été créé par la pratique par une loi de novembre 1955. Son régime est calqué sur celui de l'hypothèque judiciaire provisoire.

Un créancier peut saisir le tribunal pour demander l'inscription de sa créance. Ce nantissement sera valable pendant un mois : il doit alors saisir le tribunal au fond pour obtenir un titre exécutoire

II. L'assiette du nantissement.

A. L'assiette initiale du nantissement.

B. La modification ultérieure de l'assiette.

§II. Le régime du nantissement.

I. Les effets du nantissement.

A. La garantie de paiement du créancier inscrit.

1. Le droit de préférence.

Le créancier nanti bénéficie d'un droit de préférence : il va pouvoir être payé sur la valeur du fonds par préférence aux autres créanciers.

Cependant, si le créancier fait vendre le fonds pour pouvoir récupérer la valeur de sa créance, des créanciers super privilégiés (salariés et administration fiscale) sont prioritaires. Il risque donc de ne pas récupérer la totalité de la créance.

2. Le droit de suite.

Le créancier nanti peut suivre le fonds en quelque lieu qu'il se trouve (art L143-12) : le nantissement inscrit est donc opposable à tout acquéreur potentiel d'un fonds.

Dans ce cas, la loi organise une procédure de purge : l'acquéreur peut verser les sommes correspondant au nantissement directement aux créanciers nantis.

B. La protection de la garantie de paiement du créancier inscrit.

En cas de déplacement du fonds (art L143-1 et s.):

Les créanciers nantis doivent être notifiés avant d'effectuer l'opération de déplacement. Si le commerçant n'exécute pas son obligation d'information, les créanciers nantis peuvent immédiatement exiger le paiement de leurs créances.

Si les créanciers acceptent le déplacement, ils doivent régulariser leur inscription auprès du greffe du tribunal de commerce dans lequel le fonds va être déplacé.

Si les créanciers refusent le déplacement, ils peuvent exiger le remboursement anticipé de leurs créances auprès du tribunal de commerce. Le tribunal peut refuser l'exigibilité immédiate si le déplacement du fonds ne compromet pas l'avenir des créances.

Le changement d'activité :

La déspecialisation totale doit être notifiée aux créanciers nantis. Ce n'est pas le cas pour la déspecialisation partielle.

La résiliation du bail commercial quelle qu'en soit la cause doit être notifiée aux créanciers qui pourront alors essayer de sauver l'activité en paralysant la demande de résiliation (substitution au locataire commerçant) par le paiement des créances non acquittées.

Si ils ne sont pas notifiés du projet de résiliation, elle leur est inopposable et ils peuvent prétendre à des dommages-intérêts.

II. L'extinction du nantissement.

Section III : La cession du fonds de commerce.

Loi du 17/03/1909 complétée par une loi de 1935 relative au paiement du prix de vente.

La cession peut avoir des conséquences sur tous les intervenants : vendeur, acheteur, agents immobiliers et notaires.

§I. La conclusion de la cession.

I. Les conditions de fond.

C'est un contrat : la vente d'un fonds de commerce doit d'abord répondre aux droit commun de toute vente (Art 1108 civ.).

La capacité :

La cession du fonds est un acte de commerce, c'est pour le vendeur le dernier des actes de commerce et pour l'acheteur le premier. Vendeur et acheteur doivent avoir la qualité de commerçant.

Le consentement :

Le fonds de commerce a souvent une très grande valeur et occupe une place importante dans le patrimoine du vendeur : si le fonds appartient en communauté aux deux époux, le consentement des deux époux sera nécessaire.

Le consentement peut être entaché de vices et notamment le dol du vendeur (jurisprudence abondante) par réticence. Par exemple, le vendeur omet de dire que certaines autorisations administratives vont devenir caduques.

Le vendeur pourra être poursuivi en dommages-intérêts pour manœuvres dolosives.

Lorsque la nullité sera prononcée : le vendeur a la possibilité d'intenter une action en enrichissement sans cause (l'acheteur a exploité le fonds).

L'objet :

La vente a pour objet le transfert de la propriété du fonds et le paiement du prix.

Le transfert :

Il faut veiller à ce que la clientèle soit bien transmise.

La cour de cassation décide que la cession de la totalité des parts sociales n'entraîne pas cession du fonds qui demeure propriété de la société.

Le prix déterminé ou déterminable :

Question de la dissimulation du prix pour raisons fiscales ou pour frauder le droit des créanciers.

CGI art 1840 : nullité toute dissimulation d'une partie du prix et pour dissuader les fraudeurs la jurisprudence décide que le dessous de table est annulé mais que la vente reste valable pour le prix visible.

L'administration peut se substituer à l'acquéreur en versant un prix majoré de 10% sur le prix affiché et depuis la loi du 2 août 2005 (art 58) instauré un droit de préemption au profit des communes, des mairies en cas de cession de fonds commerciaux, de cession de fonds d'artisans et notamment de cession de bail commercial.

II. Les conditions de forme.

Loi de 1909 complétée par celle de 1935 a mis en place un formalisme (L141-1 com.) rigoureux pour protéger l'acquéreur. IL concerne les cessions mais aussi les promesses de vente (l'acquéreur supporte un dédit très lourd en cas de non levée d'option).

A. L'exigence de mentions obligatoires (art L141-1).

1. L'obligation.

Le nom du vendeur

L'état des nantissements et privilèges grevant le fonds.

Chiffre d'affaires

Les bénéfices commerciaux

La production du bail commercial, son montant, son prix, sa durée.

Art L141-5 al 3 : concerne la ventilation du prix de cession. L'acte de cession doit comporter des prix distincts : le prix des éléments incorporels, du matériel et des marchandises.

Lorsque l'acquéreur est le locataire-gérant : les mentions sont un peu inutiles.

De plus, le contrat de vente doit-il être rédigé par écrit ? Le contrat peut être verbal mais concrètement pour respecter les mentions obligatoires, le contrat ne peut être qu'écrit.

2. La sanction.

Nullité relative

En cas de non-respect de la ventilation du prix : réduction de l'assiette du privilège du vendeur. Le vendeur a un privilège sur le prix de vente du fonds. Le privilège ne portera plus que sur les éléments incorporels du fonds.

En cas d'omission de mentions obligatoires : nullité relative demandée uniquement par l'acquéreur dans un délai d'un an à compter de la vente. De plus, la nullité ne sera prononcée que si l'omission a entraîné une mauvaise information de l'acquéreur et lui a causé un préjudice qu'il devra prouver.

En cas d'inexactitude des mentions obligatoires : la garantie du vendeur est engagée (Art L141-3) qui pourra donner lieu à une diminution du prix voire en une résolution de la vente. L'action se prescrit par un an mais à partir de l'entrée en possession du fonds et non pas de la vente.

B. L'exigence de ventilation du prix.

§II. Les effets de la cession.

I. A l'égard des tiers.

A. La publicité.

Art L141-12 du code de commerce : elle débute par l'accomplissement de formalités fiscales d'enregistrement. Puis, dans un délai de 15 jours, la vente doit être publiée dans un journal d'annonces légales. Dans les 15 jours qui suivent une deuxième publication intervient dans le BODACC.

Pendant toute la procédure, le prix de cession est indisponible jusqu'à après dix jours qui suivent la dernière publication.

B. Le droit d'opposition.

Créanciers et tiers peuvent s'opposer. L'opposition bloque le prix, les créanciers peuvent faire connaître leur situation au tribunal de commerce et si la procédure abouti, le créancier peut surenchérir d'1/6 (Art L141-19). Si ça ne lui convient pas il peut exiger la vente aux enchères publiques pour obtenir un prix suffisant.

II. Entre les parties.

A. Les obligations des parties.

1. Les obligations du cédant.

Le cédant est tenu d'une obligation principale et essentielle qui est l'obligation de délivrance cad qu'il doit mettre en possession effective les différents éléments du fonds à l'acquéreur. Cela peut passer par la présentation à la clientèle. Remise des documents comptables, des livres de compte et régulariser auprès de l'INPI si il y a des brevets ou des marques.

L'obligation de garantie : comme dans le droit commun, c'est la garantie d'éviction et garantie des vices cachés.

La garantie d'éviction est spécifique : le vendeur ne doit pas concurrencer l'acquéreur. Elle peut être invoquée par l'acquéreur initial mais aussi par un éventuel sous-acquéreur :

L'obligation de non-concurrence doit être triplement limitée : temps, espace, activité. Il n'y a pas de contrepartie financière. La cour de cassation a décidé qu'une clause de non-concurrence ne doit pas limiter la portée de l'obligation légale de garantie d'éviction.

2. Les obligations du cessionnaire.

L'obligation essentielle concerne le paiement du prix.

B. Les garanties du cédant.

Garanties concernant le paiement du prix du fonds.

1. Le privilège du vendeur du fonds de commerce.

Loi de 1909, le privilège garantit le paiement du prix du par l'acquéreur à certaines conditions :

L'acte de cession doit avoir été enregistré et inscrit au greffe du tribunal de commerce dans les 15 jours de sa signature (Art L141-5 al1). Toute inscription hors délai est nulle. Une inscription complémentaire est exigée si le fonds comporte des droits de propriété industrielle.

Le privilège du vendeur lui ouvre droit de suite et d'un droit de préférence.

Droit de suite : le vendeur peut appréhender le fonds entre les mains du sous-acquéreur.

Droit de préférence : le vendeur qui bénéficie de ce privilège peut être payé par préférence à d'autres créanciers et cela se fera si le prix a été ventilé dans les trois masses.

Le vendeur impayé peut agir en résolution de la vente pour non-paiement (Art 1654 civ.) mais en droit commercial la résolution de la cession du fonds ne peut être intentée que si cette possibilité a été mentionnée lors de l'inscription du privilège du vendeur.

a. L'existence du privilège.

b. L'étendue du privilège.

c. L'exercice du privilège.

2. L'action en résolution de la vente en cas de non-paiement.

Elle doit être notifiée au créancier inscrit qui peuvent paralyser l'action en se proposant de payer le prix à la place du débiteur (Art L141-8).